

Zum Problem der Nachfragemacht aus schweizerischer Sicht

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

André von Moos
von Luzern

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. Walter R. Schluep

1981

Zum Problem der Nachfragemacht aus schweizerischer Sicht

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

André von Moos

von Luzern

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. Walter R. Schluep

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 10. Dezember 1980

Der Dekan:



Prof. Dr. G. Hauser



Digitized by the Internet Archive
in 2026

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Einleitung.....	6
1. Abschnitt: Zu den Begriffen des Nachfragewettbewerbs und der Nachfragemacht.....	7
A. Zum Begriff des Nachfragewettbewerbs.....	8
§ 1. Der Nachfragewettbewerb als aktive Rivalität.	8
I. Zum Begriff.....	8
II. Zur kartellrechtlichen Konsequenz des Begriffs.....	10
§ 2. Der Nachfragewettbewerb als Wettbewerbsfrei- heit.....	12
I. Wettbewerb und Wettbewerbsfreiheit.....	12
II. Der Nachfragewettbewerb als Disposi- tionsfreiheit.....	13
1. Zum Begriff.....	13
2. Zur kartellrechtlichen Konsequenz des Begriffs.....	13
§ 3. Der Nachfragewettbewerb als antizipierter Absatzwettbewerb.....	14
I. Zum Begriff.....	14
II. Zur kartellrechtlichen Konsequenz des Begriffs.....	14
§ 4. Der Nachfragewettbewerb als aktive und passive Rivalität.....	16
I. Zum Begriff.....	16
II. Zur kartellrechtlichen Konsequenz des Begriffs.....	18
§ 5. Konsequenzen aus dem Begriff des Nachfrage- wettbewerbs für das Untersuchungsobjekt "Nachfragemacht".....	19
B. Zum Begriff der Nachfragemacht.....	19
§ 6. Zum Begriff der Nachfragemacht aus ökonomi- scher Sicht.....	19
I. Die Nachfragemacht und die klassische Preistheorie.....	19
II. Die Nachfragemacht und Arndts ökonomi- sche Theorie der Macht.....	23

1. Zu Arndts ökonomischer Theorie der Macht.....	23
2. Die Nachfragemacht als "Beherrschungs- Abhängigkeits-Verhältnis".....	25
§ 7. Zum Begriff der Nachfragemacht aus rechtli- cher Sicht.....	26
I. Die Nachfragemacht als kartellbegründen- de Abrede.....	26
1. Die Einkaufsgemeinschaft als kartell- begründende Abrede.....	26
1.1 Einkaufsgemeinschaften mit Be- zugspflicht.....	26
1.2 Einkaufsgemeinschaften ohne Be- zugspflicht.....	29
2. Einkaufsabsprachen als kartellbe- gründende Abreden.....	31
2.1 Die "Open-Price-Systeme" als kar- tellbegründende Abreden.....	31
2.2 Preisabsprachen im Einkauf als kartellbegründende Abreden.....	32
2.3 Die "mere bookkeeping devices" als kartellbegründende Abreden...	33
3. Einkaufsabsprachen unter Letztabneh- mern als kartellbegründende Abreden..	33
II. Die Nachfragemacht - Massgebliche Beein- flussung des Marktes durch Nachfrager ?	35
Vorbemerkung.....	35
1. Zur Abgrenzung des relevanten Marktes für die Bestimmung von Nachfragemacht	37
1.1 Die sachliche Vermarkung.....	37
1.2 Die räumliche und zeitliche Ver- markung.....	39
2. Möglichkeiten zur Bemessung massgeb- licher Beeinflussung des Marktes durch Nachfrager.....	39
3. Die Nachfragemacht - Keine massgebli- che Beeinflussung des Marktes durch Nachfrager.....	40
4. Die Nachfragemacht - Massgebliche Be- einflussung des Marktes durch Nach- frager.....	41
2. Abschnitt: Ursachen und Auswirkungen der Nachfrage- macht.....	46
A. Zur Nachfragemacht des Handels.....	47
§ 8. Zu den Ursachen.....	47

§ 9.	Zu den Auswirkungen.....	48
I.	Konzentrationsprozesse.....	48
1.	Handelsstufe.....	48
2.	Lieferantenstufe.....	49
II.	Zu den Folgeerscheinungen.....	50
B.	Zur Nachfragemacht der Grossindustrie.....	51
C.	Zur Nachfragemacht des Staates.....	52
3. Abschnitt:	Kartell- bzw. wettbewerbsrechtliche Ueberprüfung der Entstehung und Ausübung von Nachfragemacht.....	53
A.	Bewertungsgrundlagen.....	54
§ 10.	Das Kartellgesetz.....	54
§ 11.	Die Generalklausel im UWG.....	56
I.	Das Verbot des Rechtsmissbrauchs in UWG Art. 1 Abs. 1.....	56
II.	Der Schutz des Wettbewerbs als Zweck des UWG.....	58
1.	Der Schutz des Wettbewerbs als Fern- zweck des UWG.....	58
2.	Der Schutz des Wettbewerbs als Nah- zweck des UWG.....	59
B.	Zur kartellrechtlichen Beurteilung der Entstehung von Nachfragemacht.....	61
§ 12.	Der funktionierende Nachfragewettbewerb als Referenznorm.....	61
§ 13.	Erkennungsmarken funktionierenden Nachfrage- wettbewerbs.....	62
I.	Der "echte" Anbieterwettbewerb auf der Marktgegenseite.....	62
II.	Chancengleichheit für den nachgelagerten Absatzwettbewerb.....	63
§ 14.	Zur Bildung von Einkaufsabsprachen unter Nachfragern.....	63
I.	Zu den Auswirkungen der Bildung von Einkaufsabsprachen unter Nachfra- gern auf den funktionierenden Nachfrage- wettbewerb.....	63
II.	Zur kartellrechtlichen Beurteilung der Bildung von Einkaufsabsprachen unter Nachfragern.....	65

§ 15. Zur Entstehung von Einkaufsgemeinschaften....	66
I. Zu den Auswirkungen der Entstehung von Einkaufsgemeinschaften auf den funktionierenden Nachfragemacht.....	66
II. Zur kartellrechtlichen Beurteilung der Entstehung von Einkaufsgemeinschaften...	67
C. Zur kartell- und wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Ausübung von Nachfragemacht.....	68
Vorbemerkung.....	68
§ 16. Der Leistungswettbewerb als Referenznorm der Missbrauchskontrolle von Nachfragemacht.....	69
I. Zu Begriff und Funktion des Leistungswettbewerbs.....	69
II. Zum grundsätzlichen Verbot des Nichtleistungswettbewerbs.....	73
1. Zum Verbot des Nichtleistungswettbewerbs im Kartellprivatrecht.....	73
2. Zum Verbot des Nichtleistungswettbewerbs in UWG Art. 1.....	74
2.1 Zum Verbotsinhalt des Art. 1 UWG nach herrschender Lehre.....	74
2.2 Möglichkeiten und Schranken einer Erweiterung des Verbotsinhaltes des Art. 1 UWG.....	75
2.2.1 Neuere Tendenzen in Lehre und Rechtssprechung.....	75
2.2.2 Schranken möglicher Verbotsinhalte des Art. 1 UWG.	77
§ 17. Mögliche Behinderungen Dritter durch Nachfragemacht.....	79
Vorbemerkung.....	79
I. Mögliche Formen der Behinderung Dritter durch Nachfragemacht.....	80
1. Die Diskriminierung Dritter.....	80
1.1 Zum Begriff der Diskriminierung..	80
1.1.1 Das preistheoretische Verständnis.....	80
1.1.2 Das wettbewerbstheoretische Verständnis.....	81
1.2 Arten der Diskriminierung durch Nachfragemacht.....	81
1.2.1 Direkte und indirekte Diskriminierung.....	81
1.2.2 Individuelle und systematische Diskriminierung.....	83
1.3 Systematische direkte und indirekte Diskriminierung durch rückwärts integrierte Grossnachfrager	83

1.4 Systematische indirekte Diskriminierung durch Nachfrager bei beidseitiger Vermachtung des Marktes.	84
2. Die gleichmässig missbräuchliche Benachteiligung Dritter.....	85
II. Inhaltliche Gestaltungsmöglichkeiten der Behinderung durch Nachfragemacht.....	86
1. Die Ausbeutung.....	86
2. Die Absicherung der Gewährung bevorzugter Geschäftsbedingungen.....	87
3. Die Geschäftsverweigerung.....	87
§ 18. Zur kartellrechtlichen Beurteilung der Ausübung von Nachfragemacht.....	88
Vorbemerkung.....	88
I. Das Verbot des Ausbeutungsmissbrauchs...	89
Vorbemerkung.....	89
1. Zum Ausbeutungsmissbrauch in der Form der Diskriminierung.....	90
1.1 Ausbeutungsmissbrauch bei individueller Diskriminierung von Anbietern.....	90
1.2 Ausbeutungsmissbrauch bei systematischer Diskriminierung von Anbietern.....	93
2. Zum Ausbeutungsmissbrauch in der Form gleichmässiger Behinderung.....	94
II. Das Verbot des Behinderungsmissbrauchs..	94
III. Das Verbot gezielter Geschäftsverweigerung und die Bezugspflicht des marktmächtigen Nachfragers....	96
Vorbemerkung.....	96
1. Die Lösung im schweizerischen Kartellrecht.....	97
2. Zur Ablehnung absoluter Bezugspflichten.....	97
§ 19. Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Ausübung von Nachfragemacht.	98
Ergebnisse.....	101
Anhang.....	103
I. Abkürzungsverzeichnis.....	103
II. Literaturverzeichnis.....	106
III. Materialien.....	116
1. Schweiz.....	116
2. Deutschland.....	116
IV. Statistische Quellen.....	116

Einleitung

Nachfragemacht ist heute zu einem emotionsträchtigen Schlagwort herangewachsen. Die vorliegende Arbeit will jedoch das Problem der Nachfragemacht rein *sachlich* durchleuchten. Dabei bieten sich vorab zwei Blickwinkel an: der *ökonomische* sowie der *juristische*. Für diese Untersuchung rückt die rechtliche Fragestellung in den Vordergrund des Interesses. Dennoch ist, namentlich bei der Frage nach dem Wesen der Nachfragemacht sowie bei der Suche nach den Ursachen und Auswirkungen der Nachfragemacht, auf die Antwort des Oekonomen abzustellen. Denn diese erst ermöglicht eine *sachgerechte* rechtliche Beurteilung der Nachfragemacht.

1. Abschnitt: Zu den Begriffen des Nachfragewettbewerbs
und der Nachfragemacht

A. Zum Begriff des Nachfragewettbewerbs

Es fehlt eine *opinio communis* darüber, was Wettbewerb sein soll¹⁾. Dies entbindet allerdings nicht von der Aufgabe, sich im Zusammenhang mit Marktmachtproblemen mit dem Begriff des Wettbewerbs auseinanderzusetzen. Denn das Kartellrecht knüpft u.a. an den Begriff der "Beschränkung des Wettbewerbs" (KG Art. 2) an. Damit aber verlangt der Gesetzgeber vom Richter Vorstellungen über diese wirtschaftliche Erscheinung²⁾.

§ 1. Der Nachfragewettbewerb als aktive Rivalität

I. Zum Begriff

Die Mehrzahl der Wettbewerbsdefinitionen, welche auf neoliberalen Gedankengut gründet, verbindet den Wettbewerb mit der Vorstellung eines (sportlichen) Wettkampfes, mithin mit *aktiver Rivalität*³⁾.

-
- 1) Vgl. die Vielzahl von Wettbewerbsdefinitionen in Knöpfle, R., Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, Köln/Berlin/Bonn/München 1966.
 - 2) Vgl. Schürmann, L., Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, Zürich 1964 (zit. Kommentar), 34 ff.
 - 3) Vgl. etwa die Definition Borchardt/Fikentschers: "Wirtschaftlicher Wettbewerb ist das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindungen mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsverbindungen"; Borchardt, K./Fikentscher, W., Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957, 15. Im weiteren vgl. Ewald, H., Sind Einkaufsgenossenschaften Kartelle?, WuW 1956, 253;

Dabei beschränken sich die Definitionen in aller Regel¹⁾ auf die *Angebotsseite*²⁾. Sölter knüpft an diesen Begriff der aktiven Rivalität an und überträgt ihn, unter Berücksichtigung der Marktlagen, auf die *Nachfrageseite*³⁾. Er kommt zum Schluss: Auch unter Nachfragern herrscht Wettbewerb; dies indes *nur im Verkäufermarkt*. Denn im Käufermarkt (und selbst bei ausgeglichener Marktlage) haben die Nachfrager "unter sich kein 'Spannungsverhältnis'. Keinem Nachfrager 'steht der Erfolg des andern im Wege', die Bedrohung eines Nachfragers

Kummer, M., Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Bern 1960, 14; Merz, H., Das schweizerische Kartellgesetz, Bern 1967, 3; Meyer-Cording, U., Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, WuW 1962, 462. Zum Vergleich des Wettbewerbs mit einem sportlichen Wettkampf siehe nur Lobe, A., Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung, Leipzig 1907, 7 ff. Zur kritischen Auseinandersetzung mit dieser Allegorie vgl. Röper, B., Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklung, Berlin 1952, 12 ff.; Scheufele, H., Behandlung der "beherrschenden Stellung" von Nachfragern im EWG-Kartellrecht, BB, Beilage 4/1973 zu Heft 9/1973.

- 1) Vgl. aber die Definition von Borchardt/Fikentscher, oben, S. 8 Fn. 3 .
- 2) Hintergrund dieser Definition ist eine "institutionelle" Güterknappheit. Deshalb befasste man sich nicht mit der Nachfrageseite, "weil es ja als der Sinn des Wettbewerbs der Anbieter angesehen wurde, den Konsumenten in den Genuss seiner Früchte zu bringen"; Sölter, A., Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, 2. Auflage, Düsseldorf 1960, 37. Vgl. dazu generell Carell, E., Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 13. Auflage, Heidelberg 1968; Woll, A., Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 4. Auflage, München 1974.
- 3) Vgl. Sölter, Nachfragemacht, a.a.O., 38 ff.

durch einen andern fehlt"¹⁾²⁾.

II. Zur kartellrechtlichen Konsequenz des Begriffs

Die Vorstellung vom Wettbewerb als einem aktiven Rivalitätsverhältnis führt dazu, Zusammenschlüsse unter Nachfragern *im Käufermarkt* nicht als Kartelle anzusprechen³⁾. Denn Kartelle sind wettbewerbsbeschränkende Abreden; sie setzen mithin Nachfragewettbewerb voraus⁴⁾. Solcher aber fehlt im Käufermarkt unter Nachfragern.

-
- 1) Sölter, Nachfragemacht, a.a.O., 39. Im Käufermarkt ist der Nachfrager " 'König Kunde' "; Sölter, ebenda. Vgl. auch Sölter, A., Nachfragemacht und Gegengewichtsprinzip, MA 1961, 337 ff.
 - 2) Diese wettbewerbstheoretische Auffassung geht von der Annahme aus, Wettbewerb könne nicht gleichzeitig auf beiden Marktseiten herrschen; mithin "kann ein bestimmter Aktionsparameter, etwa der Preis, immer nur den Unternehmen *e i n e r* Marktseite zur Verfügung stehen"; Scheufele, BB, Beilage 4/1973 zu Heft 9/1973, 8; vgl. auch Sölter, Nachfragemacht, a.a.O., 38 ff.
 - 3) Vgl. Sölter, Nachfragemacht, a.a.O., 50 ff, insbesondere 56 f.
 - 4) Nach herrschender Lehre zu Art. 2 KG kommen als Kartelle nur Abreden in Frage, welche den *Wettbewerb unter Konkurrenten derselben Wirtschaftsstufe* beschränken. Vgl. Kummer, M., Der Begriff des Kartells, Bern 1966, 80 ff; Sattler, H., Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, Diss. Zürich 1970, 42 ff. Hinzu kommen muss noch eine *tatsächliche und spürbare* Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch horizontale Abreden, was nach herrschender Lehre allemal der Fall ist. Vgl. Gut, H., Veranlassung und Ausführung wettbewerbsbeschränkender Vorkehren. Ihre Erfassung durch das Kartellgesetz, Diss. Zürich 1973, 173 ff; Sattler, Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, a.a.O., 46, 54 ff. Eine andere Frage allerdings ist, ob diese *formellen* Wettbewerbsbeschränkungen den Wettbewerb auch *materiell* beschränken. Vgl. dazu unten, S.61ff. Das Erfordernis der horizontalen Beschränkung des Wettbewerbs wird (allerdings im Rahmen des Begriffs der ähnlichen Organisation) im Revisionsentwurf zu einem neuen Kartellgesetz

Fikentscher allerdings lehnt solche Argumentation ab¹⁾. Wohl anerkennt er, dass im " 'chemisch reinen' Käufermarkt" Kampfstimmung fehlt; indessen sei, anders als *Sölter* dies tut, auf den "Käufermarkt des praktischen Sprachgebrauchs"²⁾ abzustellen. Dieser aber zeichne sich sehr wohl durch Rivalitäten aus, was allein schon die Zusammenschlüsse der Nachfrager zu Einkaufsgemeinschaften belegten. Doch können Zusammenschlüsse unter Nachfragern selbst "im Käufermarkt des praktischen Sprachgebrauchs" nicht als das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Nachfrager nach Geschäftsverbindungen durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsverbindungen ausgelegt werden³⁾. Denn wer ist schon bereit, freiwillig mehr zu zahlen als sein Nachbar⁴⁾.

fallen gelassen. Vgl. dazu Art. 5 E und den Begleitbericht zum Entwurf betreffend die Revision des Kartellgesetzes, November 1978, 33 f. Dieses Erfordernis entfällt nach Meinung Scheufele auch für Art. 85 des EWG-Vertrages. Vgl. Scheufele, BB, Beilage 4/1973 zu Heft 9/1973, 9.

- 1) Vgl. *Fikentscher*, W., Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1960, 680 ff.
- 2) *Fikentscher*, ebenda.
- 3) Vgl. aber die Definition *Borchard/Fikentschers*, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, a.a.O., 15; vgl. dazu oben, S. 8 Fn. 3.
- 4) Vgl. ebenso *Benisch*, W., Beschränkungen des Nachfragerwettbewerbs, WuW 1960, 849; *Sölter*, A., Ungleichgewichte zwischen Angebot und Nachfrage. Dargestellt an der Stufenbeziehung zwischen marktmächtigen Nachfragern des Handels und marktschwächeren Anbietern der Industrie, WuW 1968, 322; vgl. aus neuester Zeit, *Köhler*, H., Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager. Eine Untersuchung zu den kartellrechtlichen Grenzen der Kooperation im Einkauf, München 1977, 27.

§ 2. Der Nachfragewettbewerb als Wettbewerbsfreiheit

I. Wettbewerb und Wettbewerbsfreiheit

Der Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit fördert zugleich den Wettbewerb¹⁾. Man setzt gar *Wettbewerbsfreiheit gleich Wettbewerb* und folgert daraus die Gleichung: Wettbewerbsbeschränkung ist immer Freiheitsbeschränkung²⁾. Dies trifft nach wohl herrschender Auffassung allemal zu, sofern *Drittbehinderung* vorliegt³⁾. Indes wird im Zusammenhang mit der Prüfung der (Kartell-) Rechtsnatur von Zusammenschlüssen auch die Meinung vertreten, die gegenseitige *Freiheitsbeschränkung unter den Parteien* sei wesentliche Voraussetzung für kartellbegründende Wettbewerbsbeschränkung⁴⁾.

1) Vgl. dazu grundlegend Böhm, F., Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933; Eucken, W., Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Bern/Tübingen 1952.

2) So etwa die *ordo-liberale Schule*; vgl. dazu die zusammenfassende Darstellung bei Schluep, W.R., Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975, 569 ff. Auch das neoklassische Konzept Hoppmanns fusst auf diesem Zusammenhang; vgl. hier lediglich Hoppmann, E., Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, N.F. Bd. 48, Berlin 1968, 9 ff.

3) Vgl. nochmals Hoppmann, Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, a.a.O., 31 ff.; derselbe, Die sogenannten Bagatellkartelle der "neuen Wettbewerbspolitik", DB 1970, 94 ff.; Kummer, Zum Begriff des Kartells. a.a.O., 66 ff.

4) So etwa die *Gegenstandstheorie*. Vgl. zur Gegenstandstheorie Fikentscher, W., Zu Begriff und Funktion des "gemeinsamen Zwecks" im Gesellschafts- und Kartellrecht, in: Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe 1964, 87 ff.; vgl. auch unten, S. 29 Fn. 5. Anders hingegen die *Folgetheorie*; vgl. unten, S. 30 Fn. 2.

II. Der Nachfragewettbewerb als Dispositionsfreiheit

1. Zum Begriff

*Sölter*¹⁾ hält den (wettbewerbstheoretischen) Begriff des Wettbewerbs als aktive Rivalität kartellrechtlich für untauglich. Dieser vermöge die Nachfrageseite im Käufermarkt nicht einzufangen²⁾. Von einem rechtlich praktikablen Wettbewerbsbegriff sei indes zu fordern, dass er *alle Marktlagen* erfasse.

Deshalb schlagen *Sölter*³⁾ und ihm folgend *Benisch*⁴⁾ vor, Wettbewerb kartellrechtlich von der Vorstellung aktiver Rivalität zu lösen und bloss "als das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager nach Geschäftsverbindungen mit Dritten"⁵⁾ zu definieren.

2. Zur kartellrechtlichen Konsequenz des Begriffs

Auf dem Hintergrund dieses Wettbewerbsverständnisses wird die Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit *unabhängig von der jeweiligen Marktlage zur Wettbewerbsbeschränkung*. Somit ist die Möglichkeit eröffnet, *Zusammenschlüsse unter Nachfragern auch in Käufermarktsituationen als wettbewerbsbeschränkende Abreden (Kartelle) anzusprechen*.

1) Vgl. *Sölter*, Nachfragemacht, a.a.O., 50 ff., insbesondere 55 ff.

2) Vgl. oben, S. 9 f.

3) Vgl. *Sölter*, Nachfragemacht, a.a.O., 57.

4) Vgl. *Benisch*, WuW 1960, 843.

5) Derselbe, ebenda. Diese Definition knüpft an jene *Borchardt/Fikentschers* an (vgl. dazu oben, S. 8 Fn. 3), ändert diese aber ab.

Allerdings bleiben auch bei diesem Ansatz Zusammenschlüsse *ohne Bezugspflicht für die Nachfrager* kartellrechtlich unbeachtlich, weil Wettbewerbsbeschränkung ohne Freiheitsbeschränkung - entsprechend der Gegenstandstheorie¹⁾ - nicht denkbar ist²⁾.

§ 3. Der Nachfragewettbewerb als antizipierter Absatzwettbewerb

I. Zum Begriff

Man könnte geneigt sein, Nachfragewettbewerb im Bestreben des Nachfragers zu sehen, *möglichst billiger einzukaufen als sein Konkurrent*, um so auf dem nachgelagerten Absatzwettbewerb einen Vorsprung zu haben³⁾. Dies führt im Resultat dazu, den Nachfragewettbewerb im Käufermarkt als vorgezogenen Absatzwettbewerb zu interpretieren⁴⁾.

II. Zur kartellrechtlichen Konsequenz des Begriffs

Wer Nachfragewettbewerb als antizipierten Absatzwettbewerb interpretiert, eröffnet die Möglichkeit,

1) Vgl. oben, S. 12 Fn. 4 .

2) Vgl. auch Sölter, Nachfragemacht, a.a.O., 59.

3) Vgl. Geisbüsch, H.G., Die organisierte Nachfrage. Organisation und Strategie marktbeeinflussender oder marktbeherrschender Nachfrager, FIW-Schriftenreihe Heft 18, Köln/Berlin/Bonn/München 1964, 47 f.

4) Vgl. im Ansatz etwa Steindorff, E., Besprechung von Säcker, F.J., Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, ZHR 136 (1972), 85.

Nachfragewettbewerb *auch im Käufermarkt* als aktives Rivalitätsverhältnis anzusprechen. Die Figur ebnet somit - wie schon der Vorschlag Sölters - den Weg, Zusammenschlüsse unter Nachfragern auch im Käufermarkt als *kartellbegründende Absprachen* abzustempeln.

Indes ist dieser Betrachtungsweise nicht zu folgen. Auch wenn die funktionalen Zusammenhänge zwischen (vorgelagertem) Nachfragewettbewerb und (nachgelagertem) Absatzwettbewerb eng sind¹⁾, müssen Nachfrage- und Angebotsmarkt "bei einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung klar getrennt werden. Auf dem Markt, auf dem ein Unternehmen als Abnehmer auftritt, stehen ihm andere Partner gegenüber als auf dem nachgeordneten, auf dem er die Ware weiterverkauft. Auch die Zahl der Marktpartner ist auf beiden Seiten unterschiedlich. In der vorgelagerten Stufe kann der Markt monopolistische oder oligopolistische Struktur haben, in der nachgeordneten Stufe kann wesentlicher Wettbewerb vorherrschen"²⁾.

"Eine vermischte Wettbewerbsbeurteilung für den vor- und nachgelagerten Markt muss auch deshalb ausscheiden, weil das Marktverhalten des Unternehmens im Ein- und Wiederverkauf sich auf die jeweilige

1) Vgl. dazu die empirische Studie Centonzes über die Verhältnisse auf dem schweizerischen Versorgungssektor, Centonze, E., Die Versorgungsstruktur des Einzelhandels in regionaler Hinsicht, Diss. St. Gallen 1978. Vgl. aus rechtlicher Sicht, Baur, J.F., Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb", ZHR 134 (1970), 136.

2) Benisch, WuW 1960, 845.

Gegenseite völlig anders auswirkt"¹⁾. Im übrigen bewirkte solche Betrachtungsweise in fine eine unzulässige Saldierung von Wettbewerbsbeschränkung (auf der Nachfrageseite) und Wettbewerbsförderung (auf der Absatzseite)²⁾.

§ 4. Der Nachfragewettbewerb als aktive und passive Rivalität

I. Zum Begriff

Nichts zwingt, Nachfragewettbewerb auf Marktlagen zu beschränken, die sich durch Ueberbietungsprozesse (aktive Rivalität) auszeichnen. *Pickel*³⁾ weist nach, dass der BGH Wettbewerb auch dann annimmt, wenn die *Wettbewerber unter sich* in einem "latenten Spannungsverhältnis"⁴⁾ stehen. *Köhler*⁵⁾ greift diesen Gedanken auf. Er charakterisiert den *Wettbewerb unter Nachfragern* im Käufermarkt als *passive* (latente) Rivalität: "Dieses Rivalitätsverhältnis drückt sich darin aus, dass ein Nachfrager sein Streben nach Preiszugeständnissen und dergleichen nicht so, wie er es wollte, verwirklichen kann, weil das Vorhandensein anderer kaufbereiter Nachfrager, auf die

1) Benisch, WuW 1960, 845.

2) Vgl. dazu unten, S.64 Fn. 2 .

3) Vgl. *Pickel*, W., Anmerkung zu BGH WuW/E BGH, 1089 ("Tennisbälle"), WuW/E BGH, 1095 ff.

4) *Pickel*, WuW/E BGH, 1096.

5) Vgl. *Köhler*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, a.a.O., 12 ff., 33 ff.

der Anbieter ausweichen kann, ihn daran hindert"¹⁾.

Wettbewerb äussert sich somit nicht nur als Freiheit, vorstossen zu können, sondern auch als Begrenzung des Handlungsspielraums von Mitnachfragern²⁾. Deshalb kann die Beschränkung des Wettbewerbs unter Nachfragern, insbesondere im Käufermarkt, nicht mit der Beschränkung ihrer Freiheit im Wettbewerb gleichgesetzt werden³⁾. Natürlich

-
- 1) Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, a.a.O., 34. Er weist nach, dass insbesondere die hohe Behörde wie auch die EG-Kommission, bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Einkaufsgemeinschaften auf solchem Wettbewerbsverständnis fussen. Vgl. Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, a.a.O., 46, mit Hinweisen (vgl. ebenda, Fn. 21) auf die Fälle "Oberrheinische Kohleunion" (WuW/E EVG), "SOCEMAS" (WuW/E EV, 201) und "INTERGROUP" (WuW/E EV, 607).
 - 2) Vgl. Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, a.a.O., 46.
 - 3) Vgl. zur Möglichkeit der Wettbewerbsbeschränkung ohne Freiheitsbeschränkung schon Knöpfle, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb", a.a.O., 301 ff. Vgl., jedoch bezogen auf die Angebotsseite, auch den Entscheid des BGH WuW/E BGH, 1367 ("Zementverkaufsstelle Niedersachsen"). Davon gehen auch die Vertreter der *Folgetheorie* aus; sie sprechen Einkaufsgemeinschaften auch ohne Bezugspflicht (wenn auch nicht bezweckte, so doch bewirkte) Wettbewerbsbeschränkungen zu; vgl. dazu unten, S.30 Fn. 2. Zum gleichen Ergebnis führt die von Sölter, Benisch und Huber vorgeschlagene Figur des *Stufenwettbewerbs*. Vgl. Sölter, Nachfragemacht, a.a.O., 42 ff.; derselbe, Der Stufenwettbewerb, MA 1967, 342 ff.; Benisch, WuW 1960, 842; Huber, E.R., Das Empfehlungsverbot, Eine kartellrechtliche Studie, Stuttgart 1959, 128. Als Stufenwettbewerb bezeichnet Sölter das vertikale Spannungsverhältnis zwischen den beiden Marktseiten. Vgl. Sölter, MA 1961, 342 ff. Dieses ist im Gleichgewicht, falls beide Marktseiten über denselben Monopolisierungsgrad verfügen; das Gleichgewicht ist gestört, falls die Monopolisierung auf einer Marktseite wesentlich weiter fortgeschritten ist als auf der anderen. Vgl. Sölter, Nachfragemacht, a.a.O., 42 ff. Für die Beschränkung des Stufenwettbewerbs kommt es also offensichtlich nicht darauf an, dass Zusammenschlüsse unter Nachfragern Freiheitsbeschränkungen beinhalten.

heben Bezugspflichten (d.h. Freiheitsbeschränkungen) die gegenseitige Begrenzung der Verhaltensspielräume auf. Indes zeigt sich, dass *latente Rivalität* - und damit Wettbewerb unter Nachfragern - auch *ohne Freiheitsverlust* reduziert werden kann¹⁾.

II. Zur kartellrechtlichen Konsequenz des Begriffs

Zusammenschlüsse unter Nachfragern können nunmehr auch im Käufermarkt als Nachfragerkartelle²⁾ rechtlich erfasst werden; denn auch im Käufermarkt herrscht unter Nachfragern Wettbewerb³⁾. Dabei ist durchaus denkbar, dass Zusammenschlüsse unter Nachfragern den Nachfragewettbewerb beeinträchtigen, *ohne dabei die Nachfrager in ihrer Dispositionsfreiheit einzuschränken*⁴⁾. Dieses Wettbewerbsverständnis erlaubt es mithin, an den Wettbewerb, "wie er im Rahmen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung möglich ist und tatsächlich stattfindet"⁵⁾, anzuknüpfen⁶⁾.

1) Vgl. dazu unten, S. 30.

2) Es sind also nicht Anbieterkartelle im antizipierten Angebotswettbewerb; vgl. aber oben, S. 14 ff.

3) Vgl. aber oben, S. 9 f.

4) Vgl. aber oben, S. 12 ff.

5) Schürmann, Kommentar, a.a.O., 37.

6) Vgl. zur Diskussion um den Nachfragewettbewerb auch die Zusammenstellung bei Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, a.a.O., 1 ff.

§ 5. Konsequenzen aus dem Begriff des Nachfragewettbewerbs für das Untersuchungsobjekt "Nachfragemacht"

Im Verkäufermarkt erscheint Nachfragewettbewerb in der Regel¹⁾ *spiegelbildlich* zum Angebotswettbewerb im Käufermarkt, nämlich als aktive Rivalität²⁾. Dementsprechend ist die Nachfragemacht im Verkäufermarkt "grundsätzlich nicht anders zu würdigen als die Angebotsmacht"³⁾ im Käufermarkt. Die Darstellung der Probleme der Angebotsmacht im Käufermarkt aber ist Objekt unzähliger Schriften.

Aus diesem Grunde beschränken sich die im weiteren angestellten Untersuchungen zum Nachfragewettbewerb sowie zur Nachfragemacht auf Käufermarktlagen.

B. Zum Begriff der Nachfragemacht

§ 6. Zum Begriff der Nachfragemacht aus ökonomischer Sicht

I. Die Nachfragemacht und die klassische Preistheorie

Die klassische Preistheorie ist nicht geeignet, das Phänomen der Nachfragemacht ökonomisch einzufangen⁴⁾.

1) Selbst im Verkäufermarkt ist Wettbewerb unter Nachfragern als passive Rivalität denkbar.

2) Vgl. Sölter, Nachfragemacht, a.a.O., 38 f.

3) VKK, Die Nachfragemacht und deren Missbrauch (zit. Nachfragemacht), 1976, 78.

4) Vgl. dazu Arndt, H., Mikroökonomische Theorie, Bd. 1 und Bd. 2, Tübingen 1966, Bd. 1, 208 ff., Bd. 2, 178 ff.; derselbe, Ökonomische Theorie der Macht, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. 1, zweite, völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin 1971, 99 ff.; derselbe, Marktmonopol und wirtschaftliche Macht, in: Recht, Macht und Wirtschaft, Berlin 1968, 101 ff.

Zum einen führt der preistheoretische Ansatz, Abweichungen von der Modell-Blaupause der "vollkommenen Konkurrenz" als Monopol bzw. Monopson anzusprechen¹⁾, dazu, jeden Wirtschaftler als Monopolisten bzw. Monopsonisten einzustufen²⁾. "Für eine Theorie, die Monopol und Monopson unter dem Gesichtspunkt der Macht untersucht, ist jedoch mit einem Kriterium, das offenkundig jeden Unterschied von Macht und Ohnmacht verwischt, nichts anzufan-

1) Das Modell der vollkommenen Konkurrenz beschreibt ein statisches Wettbewerbsgleichgewicht. Dieses kennzeichnet sich durch homogene Produkte, identische Preise und Kostenverläufe; vgl. Carell, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, a.a.O., 213. Es gilt mithin Jevons' Gesetz der Unterschiedslosigkeit. Vgl. Jevons, W.ST., The Theory of Political Economy, London 1871. Jeder Verstoß gegen Jevons' Gesetz bewirkt die Entstehung eines Monopols bzw. Monopsons; vgl. Chamberlain, E.H., The Theory of Monopolistic Competition, Cambridge Mass. 1933; Robinson, J., The Economics of Imperfect Competition, London 1933.

2) "Jeder Unterschied in der Qualität des Gutes (einschliesslich seiner Farbe, seiner Verpackung oder des Kundendienstes), in der Person des Verkäufers hinsichtlich des Ortes oder in der Zeit würde somit eine besondere Monopolstellung begründen. Der Unterschied von Konkurrenz und Monopol wird somit nach dieser Theorie völlig verwischt, weil sie eine Definition des Monopols zugrunde legt, die mit dem ursprünglichen - und für die Erklärung der Realität erforderlichen - Begriff des Monopols nicht mehr das geringste zu tun hat. Würde, wie man nach Sraffa und den ihm folgenden Autoren annehmen müsste, jede Verletzung der "Law of indifference" eine Monopolstellung begründen, so würde jeder Bäcker, weil er zahlreiche heterogene Güter (Brötchen, Hörnchen, Kuchen, Plätzchen usw.) herstellt und verkauft, bereits über *zahlreiche Monopole* verfügen, ebenso etwa ein Schuhgeschäft, das unterschiedliche Modelle von Schuhen von unterschiedlichen Grössen und Farben zu unterschiedlichen Zeiten verkauft"; Arndt, Oekonomische Theorie der Macht, a.a.O., 108.

gen¹⁾.

Zum ändern lässt der Prämissenkranz preistheoretischer Modelle die Erklärung der *Wirkungsweise* ökonomischer Macht nicht zu²⁾. Dies zeigt Arndt am Beispiel der Nachfragemacht. Gemäss der *Theorie Cournots*³⁾ fragt, wer über Nachfragemacht ver-

-
- 1) Arndt, Oekonomische Theorie der Macht, a.a.O., 108 f. Aus demselben Grund werden auch in der Wettbewerbstheorie Marktmachtprobleme nicht mehr mit Rekurs auf preistheoretische Referenzsituationen angegangen. Es ist heute ganz und gar unbestritten, dass Marktunvollkommenheiten den Wettbewerb erst funktionsfähig gestalten. Vgl. dazu die Erkenntnisse der Lehre der "workable competition", Clark, J.M., Toward a Concept of Workable Competition, The American Economic Review, Bd. XXX, 1940, 241 ff.; derselbe, Competition as a Dynamic Process, Washington D.C. 1961. Deshalb können Wettbewerbsbeschränkungen nicht länger als Ausdruck von Marktmacht bzw. als Abweichung vom Normtatbestand der "vollkommenen Konkurrenz" identifiziert werden. Struktur- sowie Ergebnistests versagen, insofern sie die tatsächlichen Strukturen und Ergebnisse an der Modell-Blaupause der "vollkommenen Konkurrenz" messen. Vgl. Hoppmann, E., Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, Baden-Baden 1974, 42 ff.; Hoppmann hält überhaupt dafür, Modellvorlagen seien in den Wirtschaftswissenschaften untaugliche Mittel. Vgl. dazu aber unten, S. 71 Fn. 1.
 - 2) Preistheoretische Modelle gehen von gegebenem technischem Horizont, gegebener Nachfrage und gegebenem Faktorangebot aus; vgl. Arndt, Mikroökonomie, Bd. 1, a. a.O. 130; Carell, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, a.a.O., 213. Mithin sind insbesondere die Kundenbedürfnisse als Prämisse vorgegeben.
 - 3) Danach bestimmt der Monopolist bzw. Monopsonist *alternativ* über die Aktionsparameter Menge und Preis (Cournot'sche Aktionsparameter). Er kann also, zufolge der gesetzten Prämissen, den Preis nur auf Kosten des Umsatzes verbessern. Das Gewinnoptimum im Monopson liegt, verglichen mit der vollkommenen Konkurrenz unter Nachfragern, bei geringerer Menge zu tieferem Preis; vgl. Arndt, Mikroökonomie, Bd. 1, a.a.O., 149.

fügt, *weniger* - jedoch zu besseren Konditionen - nach als bei vollkommener Konkurrenz. Indes: "Kaufhäuser und Kettengeschäfte, die ihre Fabrikanten zu Preisnachlässen von 40% und mehr vom Fabrikpreis zwingen, kaufen von diesen Waren deshalb *nicht weniger ein, sondern mehr*, weil auch sie mehr verkaufen. Denn je niedriger ihre Einkaufspreise sind, umso niedriger können auch ihre Verkaufspreise sein und umso grösser wird - nicht zuletzt auf Kosten der teurer einkaufenden Spezialgeschäfte - ihr Verkaufserfolg sein. Nach der üblichen Theorie des Nachfragemonopols (Monopson), die als Variable nur Preis und Menge kennt, müsste das Gegenteil der Fall sein, weil der Nachfrager bei gegebenen Kosten- und Vorteilskurven die nachgefragte Menge nach der Gleichung $GA = GV$ bemisst"¹⁾. Ebenso wenig vermag das Modell *Ragnar Frischs*²⁾ - für den Fall, dass der Nachfrager *ausnahmsweise*

1) Arndt, Oekonomische Theorie der Macht, a.a.O., 101; vgl. auch derselbe, Marktmonopol und wirtschaftliche Macht, a.a.O., 113 ff.

2) Ragnar Frisch *erweitert* die modelltheoretische Betrachtung für Monopole bzw. Monopsone. Er kommt zum Schluss, dass für diese Fälle Menge und Preis als Aktionsparameter *kumulativ* zur Verfügung stehen; der Monopsonist kann somit die "Optionen fixieren". Gewinnoptimal ist Optionsfixierung bei - im Vergleich zur vollkommenen Konkurrenz - gleicher nachgefragter Menge zu günstigeren Preisen; vgl. dazu Arndt, Mikroökonomie, Bd. 1, a.a.O., 160 ff.

als Optionsfixierer auftritt¹⁾ - die Wirkungsweise der Nachfragemacht ökonomisch zu erklären²⁾.

II. Die Nachfragemacht und Arndts ökonomische Theorie der Macht

1. Zu Arndts ökonomischer Theorie der Macht

Die ökonomische Theorie der Macht knüpft an den *soziologischen* Tatbestand an; danach erscheint Macht als "jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel, worauf diese Chance beruht"³⁾. Im *wirtschaftlichen* Bereich äussert sich Macht als Möglichkeit, "die *objektiven Voraussetzungen*, nach denen sich das Verhalten des schwächeren Wirtschafters bestimmt", zu verändern, als auch auf "die *subjektiven Wertungen*, die für

-
- 1) "Der Inhaber von Nachfragemacht denkt jedoch in der Regel nicht daran, sich gegenüber seinem Fabrikanten zur Abnahme einer bestimmten Menge zu verpflichten. Er hat es gar nicht nötig, sich selbst in dieser Weise für die Zukunft zu binden, da er weiss, dass der Fabrikant auch ohne eine solche Zusage zu Preis- und Qualitätszugeständnissen bereit ist"; Arndt, H., Marktmacht auf der Nachfrageseite, WuW (S) 1972, 4; anders aber Gabriel, S.L., Genossenschaften und Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. 2, zweite, völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin 1971, 490.
- 2) Auch als Optionsfixierer fragt der Nachfrager in Wirklichkeit nicht dieselbe Menge (wie bei vollkommener Konkurrenz) zu günstigerem Preis nach, sondern erhöht die nachgefragte Menge.
- 3) Weber, M., Wirtschaft und Gesellschaft, Bd. 1, 5. Auflage, Tübingen 1972, 28.

das Verhalten des Schwächeren massgebend sind"¹⁾, Einfluss zu nehmen. "Oekonomische Macht verwandelt Daten in Variable"²⁾. Deshalb werden in der neueren ökonomischen Theorie traditionsgemäss als Daten behandelte Grössen³⁾ zu Aktionsparametern⁴⁾. Somit ist es möglich, Erscheinungsformen ökonomischer Macht, welche preistheoretisch nicht erklärbar sind⁵⁾, zu beschreiben⁶⁾.

Wer (über die Cournot'schen Aktionsparameter hinaus) die *objektiven* Handlungsvoraussetzungen anderer Wirt-

-
- 1) Arndt, Oekonomische Theorie der Macht, a.a.O., 106. Diese *objektiven Handlungsvoraussetzungen* beschlagen die Cournot'schen Aktionsparameter. Sie betreffen darüberhinaus den Prämissenkranz der Preistheorie und - in der Folge - die wirtschaftliche Entwicklung überhaupt. Diese kann ein Monopolist z.B. verlangsamen oder gar verhindern. Vgl. dazu ausführlich Arndt, H., Wettbewerbsprozesse, horizontale Konzentration und wirtschaftliche Entwicklung, in: Konzentration in der Wirtschaft, Bd. 1, zweite, völlig neu bearbeitete Auflage. Vgl. auch Kantzenbach, Wirtschaftliche Ursachen und Auswirkungen der Nachfragemacht, in: Bericht des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Verkehr über den Wettbewerbskongress, München 1977, 128. Er sieht Macht als "Verhaltensspielraum bei verschiedenen Aktionsparametern"; Kantzenbach, ebenda.
 - 2) Arndt, Oekonomische Theorie der Macht, a.a.O., 106.
 - 3) Vgl. dazu oben, S.21 Fn. 2 .
 - 4) Vgl. Arndt, Mikroökonomie, Bd. 1, a.a.O., 208 ff.; derselbe, Oekonomische Theorie der Macht, a.a.O., 111 ff.; derselbe, Marktmonopol und wirtschaftliche Macht, a.a.O., 101 ff.
 - 5) Vgl. dazu oben, S.21 f.; weitere Beispiele finden sich bei Arndt, Oekonomische Theorie der Macht, a.a.O., 101 ff.
 - 6) So wird etwa die Möglichkeit des mächtigen Wirtschafters, Preisnachlässe auch ohne Reduktion der nachgefragten Menge - also entgegen der Cournot'schen Regel - durchzusetzen, zum Umwertungsprozess; vgl. nur Arndt, Mikroökonomie, Bd. 2, a.a.O., 178 ff.

schafter verändern kann, verfügt nach Auffassung *Arndts* über marktbeherrschende ökonomische Macht; keine marktbeherrschende ökonomische Macht weist jener auf, der bloss "*subjektive Wertungen*"abhängiger Marktteilnehmer beeinflussen kann¹⁾. *Arndt* bezeichnet letztere Gruppe als "Beherrschungs-Abhängigkeits-Verhältnisse"²⁾.

2. Die Nachfragemacht als "Beherrschungs-Abhängigkeits-Verhältnis"

Nachfragemacht erscheint in *Arndts*³⁾ ökonomischer Theorie der Macht nicht als marktbeherrschende ökonomische Macht, sondern als "Beherrschungs-Abhängigkeits-Verhältnis"⁴⁾. Er umschreibt die Nachfragemacht als den Tatbestand, bei welchem "ein Anbieter - in der Regel ein Fabrikant - auf einen seiner Kunden derart angewiesen ist, dass er seine Aufträge nicht verlieren kann, ohne seine wirtschaftliche Existenz zu gefährden"⁵⁾; Inhaber von Nachfragemacht verfügt mithin nicht (notwendigerweise) über Cournot'sche Aktionsparameter.

-
- 1) Vgl. zur Zweiteilung der wirtschaftlichen Macht in der Theorie *Arndts*, *Arndt*, *Oekonomische Theorie der Macht*, a.a.O., 106 ff.; derselbe, *Marktmonopol und wirtschaftliche Macht*, a.a.O., 115 ff.
 - 2) Vgl. *Arndt*, *Oekonomische Theorie der Macht*, a.a.O., 123 ff.; derselbe, *Marktmonopol und wirtschaftliche Macht*, a.a.O., 115 ff.
 - 3) Vgl. *Arndt*, *WuW* (S) 1972, 4; derselbe, *Nachfragemacht: Ideologie oder Realität*, *WuW* 1974, 462 ff.
 - 4) Trotzdem ist durchaus denkbar, dass ein Wirtschaftler, der über die Wertungen abhängiger Unternehmen verfügen kann, zugleich auch die Macht besitzt, *objektive* Grössen (welche Voraussetzungen für das Verhalten schwächerer Anbieter abgeben) zu verändern; vgl. *Arndt*, *Oekonomische Theorie der Macht*, a.a.O., 110 Fn. 34 und 131 ff.
 - 5) *Arndt*, *WuW* (S) 1972, 1.

§ 7. Zum Begriff der Nachfragemacht aus rechtlicher Sicht

I. Die Nachfragemacht als kartellbegründende Abrede

Nachfrager verfügen über kartellrechtlich relevante Macht, wenn sie den *Wettbewerb unter sich* mittels Vertrag gemeinsam beschränken¹⁾.

1. Die Einkaufsgemeinschaft als kartellbegründende Abrede

1.1 Einkaufsgemeinschaften mit Bezugspflicht
Einkaufsgemeinschaften²⁾ mit Bezugspflicht beschrän-

-
- 1) Vgl. dazu generell Sattler, Zu den Begriffen des Kartells und der ähnlichen Organisation, a.a.O., 32 ff. und oben, S.10 Fn. 4. An die Stelle des Vertrages können auch Beschlüsse und Gentlemen's Agreements treten; vgl. dazu Kummer, Zum Begriff des Kartells, a.a.O., 2 ff.
- 2) *Einkaufsgemeinschaften* sind Kooperationen i.e.S.; sie erscheinen in der Gestalt des *Gemeinschaftsunternehmens*. Die Kooperanten kommen allemal überein, die Unternehmensfunktion "Einkauf" unter Wahrung ihrer Selbständigkeit zu vergemeinschaften. Gemeinschaftsunternehmen unter Nachfragern bewirken in der Regel *Rationalisierungseffekte*. Zu denken ist etwa an zentrale Bestell-, Auftragsverarbeitungs- und Fakturierungssysteme. Darüberhinaus übernehmen Einkaufsgemeinschaften heute eine Reihe zusätzlicher Dienstleistungen, dies vor allem im Marketingbereich; vgl. zum Begriff der Kooperation sowie des Gemeinschaftsunternehmens, Schluep, W.R., *Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation*, ZSR 1973 II, 257 ff., 481 ff., m.w.N. Zu Begriff und Funktion der Einkaufsgemeinschaft vgl. Köhler, *Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager*, a.a.O., 103 ff. Köhler zählt auch Zusammenschlüsse unter Nachfragern, welche ohne Gemeinschaftsunternehmen auftreten, zu den Einkaufsgemeinschaften, vorausgesetzt diese Zusammenschlüsse bewirken wenigstens eine *organisatorische Einheit*; vgl. Köhler, ebenda.

Einkaufsgemeinschaften stellen *horizontale* Kooperation dar. Ob solche Zusammenschlüsse faktisch - funktionell zu *vertikaler* Konzentration aufsteigen, ist eine äusserst heikle Frage; vgl. zu möglichen Abgrenzungskriterien Köhler, *Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager*, a.a.O., 132 ff. Das Problem beschäftigt vor allem die *deutsche Lehre*; dies im Rahmen des

ken nach wohl herrschender Auffassung¹⁾ den Wettbewerb unter Nachfragern. Denn die Kooperanten legen sich gewisse Bindungen (der Freiheit) auf und beeinträchtigen so gemeinsam den Wettbewerb untereinander. Einkaufsgemeinschaften mit Bezugspflicht sind mithin Kartelle²⁾.

Kummer indes spricht Einkaufsgemeinschaften, welche im Kleid der *Handelsgesellschaft* auftreten, das Merkmal der "Gemeinsamkeit" der Wettbewerbsbeschränkung ab; nur genossenschaftlich organisierte Einkaufsgemeinschaften fallen unter das KG³⁾. Er gründet seine Auffassung auf die Ueberlegung, die Bezugspflicht der Gesellschafter in der Handelsge-

Konzentrationsprivilegs für Gemeinschaftsunternehmen (GWB § 23 Abs. 2 Ziff. 2 Satz 3). Im *schweizerischen Recht* kommt dieser Frage keine Bedeutung zu. Ein Zusammenschluss unter Nachfragern kann nämlich durchaus Kartell und Konzentrationstatbestand (ähnliche Organisation) sein. Vgl. dazu Schluep, ZSR 1973 II, 500 ff.; denn es "ist mit der Feststellung, dass ein Kartell oder eine ähnliche Organisation den Markt für bestimmte Waren oder Leistungen beeinflussen, über die Anwendbarkeit der Rechtsfolgebestimmungen noch nichts gesagt"; Koller, A., Die Rechtsprechung zum Kartellgesetz, in: Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, 112.

- 1) Vgl. anstatt Vieler Benisch, W., Die kartellfreie Kooperation nach GWB-Novelle 1973, WuW 1974, 69 ff. Dies setzt allerdings (stillschweigend) ein Wettbewerbsverständnis voraus, das die Existenz von Nachfragewettbewerb auch im Käufermarkt zulässt. Vgl. dazu oben, S. 16 ff.
- 2) In der deutschen Lehre findet sich (aus verschiedenen Gründen) allerdings auch die Meinung, Einkaufsgemeinschaften seien generell keine Kartelle. Vgl. dazu die Zusammenstellung bei Frein von Friesen, J., Probleme der Nachfragemacht und Möglichkeiten einer effektiven Kontrolle, DB, Beilage 6/1978 zu Heft 12/1978, 7 f.; Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, a.a.O., 128.
- 3) Vgl. Kummer, Der Begriff des Kartells, a.a.O., 93 ff. Die im Zusammenhang interessierenden Handelsgesellschaften sind die Kollektiv- sowie die Kommanditgesellschaft und die G.m.b.H.; vgl. Kummer, ebenda.

sellschaft sei Ausdruck *gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht*; diese beschränke lediglich die *Gesellschafter als Konkurrenten der Gesellschaft einseitig*, die Gesellschaft ihrerseits bleibe in ihrer Wettbewerbsstellung frei. Als *gemeinsame* Beschränkung des Wettbewerbs erweise sich hingegen die *Bezugspflicht in der Genossenschaft*. Da diese "ihrer Natur nach *nicht Konkurrent der Genossenschafter*"¹⁾ sein könne, sei die Beschränkung des Wettbewerbs jedoch nicht im Verhältnis der Genossenschafter zur Genossenschaft zu suchen; im Gegenteil beschränkten bloss die *Genossenschafter unter sich* den Wettbewerb.

Gemeinsam sind Wettbewerbsbeschränkungen, wenn sich *alle am Vertrag beteiligten Konkurrenten* zu beschränkendem Verhalten verpflichten²⁾. Diese Frage kann nur an den *konkreten Marktverhältnissen*³⁾ und nicht an *idealtypischen Gesellschaftsformen* geprüft werden. Dies wird am Beispiel der Einkaufsgemeinschaft deutlich. Einkaufsgemeinschaften können zu Konkurrenten der Kooperanten werden, namentlich auch in einer *genossenschaftlichen Verbindung*⁴⁾. Indes sind sie aus funktioneller Sicht immer nur *Massnahme* zur Erfüllung des *gemeinsamen Kooperationszwecks* der *Kooper-*

1) Kummer, Der Begriff des Kartells, a.a.O., 99.

2) Kummer, Der Begriff des Kartells, a.a.O., 80 ff.; Sattler, Zu den Begriffen des Kartells und der ähnlichen Organisation, a.a.O., 42 ff.

3) Vgl. dazu, allerdings im Zusammenhang mit dem Marktmächttest zur Bestimmung ähnlicher Organisationen, Schlupe, W.R., Ueber den Begriff der Nachfragemacht, in: Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, Fribourg 1977, 580.

4) Denn immer tritt die Einkaufsgemeinschaft *faktisch* als zusätzlicher Nachfrager auf; dies auch, wenn sie - im Gewande der Genossenschaft - bloss zur Selbsthilfe der Kooperanten dient. Vgl. auch Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, a.a.O., 103 ff., 128 ff., 153 ff.

ranten¹⁾. Damit setzt die *Einkaufsgemeinschaft* - auch als Handelsgesellschaft²⁾ - *gemeinsame* Beschränkungen des Wettbewerbs voraus; sie kann mithin *nicht Vertragspartner* der Wettbewerbsbeschränkung sein³⁾. Bezugspflichten beschränken somit den Wettbewerb unter den Kooperanten *gemeinsam* und *nicht einseitig*⁴⁾.

1.2 Einkaufsgemeinschaften ohne Bezugspflicht

Gemäss einem Teil der Lehre fehlt eine kartellbe gründende Wettbewerbsbeschränkung unter Nachfragern, wenn die Mitglieder einer Einkaufsgemeinschaft ihren Bedarf auch auf dem Markt eindecken können, sie mithin keinem Bezugszwang unterliegen⁵⁾. Hinter diesem Urteil liegt die Vorstellung, der *Wettbewerb unter Nachfragern* sei nur beschränkt, wenn sich diese "in ihrer Wettbewerbstätigkeit gewisse Bindungen auferlegen"⁶⁾.

1) Vgl. Schluep, ZSR 1973 II, 516 f.

2) Kooperationsveranstaltungen sind an keine bestimmte Rechtsform gebunden; vgl. Schluep, ZSR 1973 II, 316 ff. Dies trifft auch für Einkaufsgemeinschaften zu; vgl. dazu Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, a.a.O., 106 ff. Die neuere Entwicklung zeigt einen deutlichen Trend, hin zur Rechtsform der AG. Vgl. Gabriel, S.L., Genossenschaften und Konzentration, a.a.O., 491 ff. Der Nutzen der Gesellschaft wird dann den Gesellschaftern u.a. durch Rückvergütungen zuteil.

3) Vgl. aber Kummer, Der Begriff des Kartells, a.a.O., 94.

4) Vgl. auch Schluep, ZSR 1973 II, 516 f.

5) Vgl. in der BRD die Anhänger der Gegenstandstheorie: Ewald, WuW 1956, 253 ff.; Günther, E., Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetzentwurf, MA 1957, 55 ff.; Westermann, H., Einkaufsverbände und Kartellgesetzentwurf, Karlsruhe 1956, 24 ff. Vgl. in der Schweiz Kummer, Der Begriff des Kartells, a.a.O., 99. Er steht indes nur solange auf dem Boden der Gegenstandstheorie, als die Einkaufsgemeinschaft keine Drittbehinderung bewirkt. Kummer, Der Begriff des Kartells, a.a.O., 68 f.; Sattler, Zu den Begriffen des Kartells und der ähnlichen Organisation, a.a.O., 56; Schluep, ZSR 1973 II, 514; VKK, Die Bedeutung der AMIDRO als Einkaufszentrale für Drogerien (zit. AMIDRO-Gutachten), 1976, 153 f.

6) Kummer, Der Begriff des Kartells, a.a.O., 99. Vgl. auch oben, S. 12.

Indes zeigt sich, dass, insbesondere im Käufermarkt, Beschränkung des *Wettbewerbs unter Nachfragern* nicht mit Beschränkung ihrer Freiheit gleichzusetzen ist¹⁾; vielmehr beeinträchtigen auch Einkaufsgemeinschaften ohne Bezugspflicht den Nachfragewettbewerb regelmäßig²⁾. Denn immer bewirken Einkaufsgemeinschaften die Verbesserung der Bezugsbedingungen für die Mitglieder des Gemeinschaftsunternehmens; das bedeutet aber offensichtlich den Abbau der gegenseitigen Begrenzung der Aktionsradien unter den Kooperanten und somit die Begrenzung des Nachfragewettbewerbs als passive Rivalität³⁾.

1) Vgl. dazu oben, S. 16 ff.

2) Vgl. etwa den Fall "SOCEMAS", WuW/E EV 201, sowie die "INTERGROUP"-Entscheidung, WuW/E EV 607. Vgl. auch die Vertreter der Folgetheorie, Mahlmann, W., Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung, Diss. Münster 1970, 59; Rinck, G., Wirtschaftsrecht, Wirtschaftsverwaltungs-, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Köln/Berlin/Bonn/München, 4. Auflage 1974, 239 N.754; Sandrock, O., Die zweite Kartellrechtsnovelle, DB 1973, 104, Fn. 62; Hefermehl, W., Unternehmenszusammenschlüsse in kartellrechtlicher Sicht, GRuR 1966, 656; Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, a.a.O., 156 ff.

3) Es genügt, dass Einkaufsgemeinschaften ohne Bezugspflicht den Abbau der latenten Rivalität *bewirken*, denn das schweizerische Recht fusst nach wohl herrschender Lehre auf der Folgetheorie. Vgl. nur Schluep, ZSR 1973 II, 509 m.w.N. Doch selbst wer verlangt, die Wettbewerbsbeschränkung müsse *Inhalt der Abrede* sein (so etwa Sattler, Zu den Begriffen des Kartells und der ähnlichen Organisation, a.a.O., 56), nimmt zur Kenntnis, dass nach neuerer Auffassung die Gründung von Einkaufsgemeinschaften *unabhängig von einer Bezugspflicht* als (bewirkte und) *bezweckte* Wettbewerbsbeschränkung gilt. Vgl. die "INTERGROUP"-Entscheidung der EG-Kommission, WuW/E EV 607; Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, a.a.O., 156 ff.

2. Einkaufsabsprachen als kartellbegründende Abreden

Einkaufsabsprachen¹⁾ werden zu kartellbegründenden Abreden, wenn Nachfrager durch sie den Wettbewerb beschränken²⁾. Dies soll für folgende Absprachen geprüft werden:

2.1 Die "Open-Price-Systeme" als kartellbegründende Abreden

"Open-Price-Systeme"³⁾ beschränken nach heute wohl vorherrschender Ansicht⁴⁾ den *Geheimwettbewerb* - d.h. den Wettbewerb mit versteckten Rabatten und Konditionen - unter Anbietern.

Marktinformationsverträge können auch unter Nachfragern vereinbart werden; dies etwa mit dem Zweck, den (angeschlossenen) Nachfragern die jeweils günstigsten Einkaufsmöglichkeiten nachzuweisen⁵⁾. Köhler sieht darin keine Beschränkung des Nachfragewettbewerbs, "weil ein Druck auf Preise oder Geschäftsbe-

1) *Einkaufsabsprachen* bezwecken die Koordination des Einkaufs unter den Vertragspartnern. Die Kooperation mündet - dies im Unterschied zu den Einkaufsgemeinschaften (vgl. dazu oben, S.26 Fn. 2) - *nicht in Gemeinschaftsunternehmen*.

2) Vgl. dazu oben, S.10 Fn. 4 und S.26 Fn. 1 .

3) "Open-Price-Systeme" sind Marktinformationsverträge; vgl. dazu Benisch, W., *Kooperationsfibel*, 4. Auflage, Bergisch Gladbach, a.a.O., 144; Geisbüsch, H.G., *Die organisierte Nachfrage*, a.a.O., 76.

4) Vgl. Hoppmann, E., *Preismeldestellen und Wettbewerb*, WuW 1966, 97; Köhler, *Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager*, a.a.O., 88, m.w.N.

5) Vgl. dazu die Uebersicht bei Köhler, *Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager*, a.a.O., 88 ff.

dingungen nicht in Gewissheit und unter Ausnützung des parallelen Verhaltens der Mitnachfrager ausgeübt, vielmehr durch das Vorhandensein günstigerer Konkurrenzangebote ermöglicht wird¹⁾.

Indes kann *passive Rivalität unter Nachfragern* nicht nur durch vereinbartes Parallelverhalten der Mitnachfrager herabgesetzt werden. Vielmehr vermag auch blosser Informationsaustausch unter Nachfragern dieselbe Wirkung zu erlangen; denn Anbieter sind in aller Regel gezwungen, bekanntgewordene, vereinzelt gewährte Preiskonzessionen allen Nachfragern einzuräumen²⁾.

2.2 Preisabsprachen im Einkauf als kartellbegründende Abreden

Preisabsprachen bezwecken in aller Regel die Beschränkung des Wettbewerbs³⁾. Sie bewirken auch in der Tat den *Abbau der passiven Rivalität* (unter den Nachfragern) bzw. die Durchsetzung von Bedingungen, die ihnen sonst nicht gewährt würden⁴⁾. Als geeignete Mittel bieten sich Festpreisabsprachen oder auch Vereinbarungen zur Durchsetzung einheitlicher Rabatte an⁵⁾.

1) Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, a.a.O., 89.

2) Vgl. Sölter, WuW 1968, 321.

3) Vgl. auch Schluep, ZSR 1973 II, 510.

4) Vgl. auch Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, a.a.O., 80. Dies ist nur möglich, wenn die Marktgegenseite nicht entsprechende Marktmacht aufzieht; vgl. Schluep, ZSR 1973 II, 510.

5) Vgl. dazu Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, a.a.O., 80 ff.

2.3 Die "mere bookkeeping devices" als kartellbe-
gründende Abreden

Die "mere bookkeeping devices" sind Einkaufsab-
sprachen; dabei kommen die betreffenden Nach-
frager überein, bei ihren Lieferanten Rabatte
auf der Grundlage von *fiktiven* Gesamtbezügen durch-
zusetzen, während ein jeder selber bestellt und
direkt beliefert wird¹⁾.

Diese "mere bookkeeping devices" beschränken den
Wettbewerb unter Nachfragern durch gemeinsame Ab-
rede; denn sie reduzieren die passive Rivalität unter
den Nachfragern. Dies zeigt sich daran, dass diese Ra-
batte zugestanden erhalten, die sie ohne Zusammen-
schluss (d.h. bei funktionierendem Nachfragewettbe-
werb) nicht durchsetzen könnten.

3. Einkaufsabsprachen unter Letztabnehmern als
kartellbegründende Abreden

"Unsere moderne Konsum- und Ueberflusswirtschaft ist
durch *Vorherrschen des Käufermarktes* gekennzeichnet"²⁾.
Der Letztabnehmer ist stets der Umworbene³⁾. Da-
raus folgert Kummer⁴⁾, dieser sei kein "geborener"
Wettbewerber. Schon deshalb entzögen sich Boykottbe-

1) Vgl. dazu auch Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch
Nachfrager, a.a.O., 154.

2) Sölter, A., Nachfragemacht des Handels und ihre Aus-
wirkungen auf die mittelständische Industrie, 3 (zit.
aus Schluep, Ueber den Begriff der Nachfragemacht, a.a.
O., 586); vgl. auch derselbe, Nachfragefunktion, Nach-
frageverhalten und Nachfragemacht, WRP 1977, 445.

3) Vgl. Kummer, Der Begriff des Kartells, a.a.O., 57.

4) Vgl. Kummer, Der Begriff des Kartells, ebenda. Kummer
versteht Wettbewerb als aktive Rivalität. Vgl. dazu oben,
S. 8 f. Fn.3. Diese aber fehlt in Käufermarktlagen offen-
sichtlich. Vgl. dazu oben, S. 9f. Doch selbst bei Waren-
verknappung - was im übrigen durchaus nicht Ausnahmezu-
stand zu sein braucht (vgl. Schluep, Ueber den Begriff

schlüsse - etwa des Hausfrauenvereins, "den einen der mehreren Metzger zu sperren, bis er seine Preise senkt oder den lamentablen Zustand seines Verkaufslokals behebt"¹⁾ - dem Kartellgesetz. Solche Sperren entsprächen keineswegs dem Bild des Wettbewerbs: "Nicht zwei werben um die Gunst eines Dritten, sondern der Dritte hat Glück, dass einer der beiden mit ihm überhaupt noch verkehrt. Paris kann froh sein, wenn wenigstens eine der beiden Schönen sich seiner erbarmt und ihm den verschmorten Apfel abnimmt"²⁾.

Der Wettbewerb unter Nachfragern äussert sich indes oft als passive Rivalität³⁾. Aus dieser Sicht können Hausfrauenkartelle sehr wohl als wettbewerbsbeschränkende Abreden ausgelegt werden; denn sie heben die gegenseitige Begrenzung ihrer Handlungsspielräume auf, was auf der Marktgegensseite zu Preissenkungen oder zur Schliessung des Ladenlokals des Metzgers führt. Auf die Motive kommt dabei nichts an⁴⁾.

der Nachfragemacht, a.a.O., 586) - sei Wettbewerb die Ausnahme, weil sich die Letztabnehmer in Warteschlangen vor dem Gemüseladen aufstellten; vgl. Kummer, Der Begriff des Kartells, a.a.O., 57.

- 1) Kummer, Der Begriff des Kartells, a.a.O., 58.
- 2) Kummer, Der Begriff des Kartells, ebenda.
- 3) Vgl. dazu oben, S. 16 ff.
- 4) Vgl. Kummer, Der Begriff des Kartells, a.a.O., 69; Sattler, Zu den Begriffen des Kartells und der ähnlichen Organisation, a.a.O., 57 f.; Schluep, ZSR 1973 II, 509 f. Deshalb können Letztabnehmer, auch wenn sie "nur um des Neides, der Rache und der Empörung willen gegen einen Detaillisten komplottieren" (Kummer, Der Begriff des Kartells, a.a.O., 58), zugleich auch Wettbewerber sein.

II. Die Nachfragemacht - Massgebliche Beeinflussung des Marktes durch Nachfrager ?

Vorbemerkung

Aehnlich wie *Kartelle* können auch einzelne oder mehrere Unternehmen, welche nicht durch Abrede miteinander verbunden sind, "den Markt für bestimmte Waren oder Leistungen beeinflussen" (KG Art. 2 Abs. 1)¹⁾. Allerdings verlangt das Gesetz tatsächliche und zugleich *massgebliche* Beeinflussung des Marktes, um einzelne (oder mehrere) Unternehmen als *ähnliche Organisation* anzusprechen (KG Art. 3)²⁾.

Die Bemessung massgeblicher Marktbeeinflussung ist letztlich ein Wertentscheid³⁾. Er setzt den Ausstich eines relevanten Marktes voraus⁴⁾. "Beide Probleme hängen überdies zusammen: Je enger der relevante Markt bestimmt wird, desto grösser wird die Vermutung für relevanten Markteinfluss"⁵⁾. Den Bewertungs-

-
- 1) Vgl. Allemann, H., Kartellgesetz und marktmächtige Unternehmen, WuR 1965, 213 ff.; Sattler, Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, a.a.O., 59 ff.
 - 2) Vgl. Schluep, W.R., Die Rule of Reason des amerikanischen Antitrustrechts und das schweizerische Kartellgesetz, WuR 1966, 68; derselbe, Ueber den Begriff der Nachfragemacht, a.a.O., 577 ff.
 - 3) Vgl. Fikentscher, W., Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München/Berlin 1958, 71; Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes, a.a.O., 41.
 - 4) Vgl. dazu etwa Borchardt/Fikentscher, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeherrschung, a.a.O., 53 ff.; Klauss, G., Die Bestimmung von Marktmacht, Berlin 1975; Sattler, Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, a.a.O., 45 ff.
 - 5) Schluep, Ueber den Begriff der Nachfragemacht, a.a.O., 577. Vgl. auch Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes, a.a.O., 42; Günther, E., Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Karlsruhe 1960, 19; Mestmäcker, E.-J., Das beherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1959, 11.

massstab liefert der Normzweck¹⁾. Normzweck des Art. 3 KG ist es u.a., das Vorkehrverbot auf marktmächtige Unternehmen zu beschränken, mithin wettbewerbsbehindernde Vorkehren, welche nicht auf Marktmacht gründen, vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes auszuschliessen²⁾. Deshalb ist der relevante Markt wohl gegenständlich und konkret, *nicht aber individuell*, abzugrenzen³⁾.

Die folgenden Ausführungen behandeln die Bemessung massgeblichen Markteinflusses von Nachfragern im besonderen.

-
- 1) Vgl. Baur, J.F., Der Missbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen 1972, 192; Niederhauser, M., Missbrauch der Marktmacht und Rechtsmissbrauch, Diss. Bern 1978, 26 ff. Vgl. dazu auch unsere Ausführungen unten, S. 57 f.
 - 2) Vgl. Schluep, W.R., Von der Kontraktierungspflicht der kartellähnlichen Organisation, WuR 1969, 195 ff.; anders hingegen Allemann, WuR 1965, 236 f. und 246. Er hält dafür, dass jede Wettbewerbsbehinderung massgeblichen Markteinfluss voraussetzt; ebenso Merz, Das schweizerische Kartellgesetz, a.a.O., 30 f.; Drohlshammer, J.I., Marktmächtige Unternehmen im Kartellgesetz, Diss. Zürich 1974, 237 ff.; Gut, Veranlassung und Ausführung wettbewerbsbehindernder Vorkehren, a.a.O., 175. Im Ergebnis führt solche Auffassung zu einem kasuistischen Marktbegriff, der bereits jede individuelle Abhängigkeit als Marktmacht auf der Gegenseite interpretiert. Vgl. nochmals Merz, Das schweizerische Kartellrecht, a.a.O., 33. Vgl. auch den entsprechenden Ansatz im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung (GWB § 26 Abs. 2 S. 2) zur Bestimmung von Nachfragemacht bei Sack, R., Zum erweiterten Adressatenkreis des Diskriminierungsverbots, GuR 1975, 511.
 - 3) Vgl. Matile, J., Problèmes en droit Suisse des cartels, ZSR 1970 II, 201; Sattler, Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, a.a.O., 48 f.; Schluep, WuR 1969, 199.

1. Zur Abgrenzung des relevanten Marktes für die Bestimmung von Nachfragemacht

1.1 Die sachliche Vermarkung

Im Zusammenhang mit der Prüfung von *Angebotsmacht* erfolgt die Festlegung der sachlichen Marktgrenzen nach wohl herrschender Lehre¹⁾ gemäss der *Marktgleichwertigkeit verschiedener Produkte für den Nachfrager*; mithin fragt man, ob ein Gut aus der Sicht des Nachfragers funktional mit andern austauschbar ist. Steht indes *Nachfragemacht* auf dem Prüfstand, wird heute überwiegend vorgeschlagen, den relevanten Markt aus dem *Blickwinkel des Anbieters* abzustecken und auf die *Produktions-*²⁾ und *Vertriebsflexibilität*³⁾ abzustellen. Dies hat zur Folge, dass die Markt-

-
- 1) Vgl. Beckmann, P., Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1968, 140 ff.; Barnikel, H.-H., Die Abgrenzung des relevanten Marktes, WuW 1961, 246 ff.; Lukes, R., Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in: Festschrift für Franz Böhm zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1965, 209 ff.; Sattler, Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, a.a.O., 48 f.
- 2) Vgl. Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes, a.a.O., 37 f.; Kantzenbach, Wirtschaftliche Ursachen und Auswirkungen der Nachfragemacht, a.a.O., 131 f. Er präzisiert, die Umstellung müsse "kurzfristig und ohne wesentliche Kosten möglich sein"; Kantzenbach, a.a.O., 131. Die Monopolkommission weist in ihrem Gutachten daraufhin, dass die Möglichkeiten zur Produktionsumstellung mit zunehmender Spezialisierung sinkt; vgl. Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer kartellrechtlichen Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Sondergutachten 7, Baden-Baden 1977, N. 50. Diese Erscheinung ist häufig in der *Zulieferindustrie* anzutreffen; vgl. nochmals Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a.a.O., N. 132 ff. und N. 213. Vgl. auch Baur, J.F., Die Funktion des neuen Diskriminierungsverbots nach § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB, BB 1974, 1595.
- 3) Vgl. Benisch, W., Bestimmung der Marktstellung bei Nachfragern, WuW 1977, 619 ff.; Schluep, Ueber den Begriff der Nachfragemacht, a.a.O., 580 f. Auch *Kartte* (vgl. Kartte, W., Der Schutz des Leistungswettbewerbs im Kartellrecht, WRP 1976, 1 ff.; derselbe, Was ist denn nun

grenzen für die Bestimmung von Nachfragemacht *enger* gesteckt werden als für die Prüfung von Angebotsmacht¹⁾. Denn die Flexibilität des Anbieters, auf *die Produktion und den Vertrieb* anderer Produkte auszuweichen, ist, gemessen an der Substituierbarkeit von Gütern für den Nachfrager, offensichtlich geringer²⁾.

Nachfragemacht?, LZ Nr. 34/1976, 7) und Reimann (vgl. Reimann, Th., Missbrauchsaufsicht und Diskriminierungsverbot bei Nachfragern, WuW 1976, 544 ff.) stellen zur Abgrenzung des relevanten Marktes auf die Möglichkeit des Anbieters, verschiedene Vertriebskanäle zu beanspruchen, ab; sie interpretieren die *Nachfrager* allerdings als *Anbieter von Vertriebskanälen*. Das Kriterium der *Vertriebselastizität* hat seine Bedeutung vor allem im Verhältnis zwischen *Hersteller und Händler*. Vgl. nochmals Karte, WRP 1976, 3; Reimann, WuW 1976, 544 ff.; Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a. a. O., N. 60 ff., N. 86 ff., und N. 213; Riesenkampff, A./Sauer, St., Zum Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB, BB 1975, 73.

- 1) Vgl. Kantzenbach, Wirtschaftliche Ursachen und Auswirkungen der Nachfragemacht, a. a. O., 131 ff.; Monopolkommission, Missbräuche von Nachfragemacht, a. a. O., N. 200 ff.; Reimann, WuW 1976, 546; Schluep, Ueber den Begriff der Nachfragemacht, a. a. O., 583. Wer indessen die Auffassung vertritt, auf der Nachfrageseite führten - anders als auf der Angebotsseite - bereits Marktanteile von 5 - 20 % zu Marktbeherrschung, grenzt den relevanten Markt (fälschlicherweise) nach der Austauschbarkeit der Produkte für den Nachfrager ab; vgl. etwa Anghern, O., Nachfragemacht von Handelsunternehmen als Problem der Wettbewerbsgestaltung, WuR 1973, 236; Sölter, Ungleichgewichte zwischen Angebot und Nachfrager, WuW 1968, 321.
- 2) Indes dürfen die Marktgrenzen für die Bestimmung von Nachfragemacht nicht auf *rein individuellen* Situationen von Anbietern gründen. Vgl. dazu oben, S. 36. "Die Risiken, die aus der Bindung hoher Produktionsanteile an die Belieferung eines einzelnen oder einiger weniger Nachfrager entstehen, können weder auf der Anbieter- noch auf der Nachfrageseite als Indiz für Nachfrage- oder Angebotsmacht gewertet werden"; Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a. a. O., N. 74. Vgl. aber Sack, GRuR 1975, 512.

1.2 Die räumliche und zeitliche Vermarktung

Der räumliche und zeitliche Grenzverlauf des relevanten Marktes signalisiert keine Besonderheiten, wenn es um die Bemessung von Marktmacht *auf der Nachfrageseite* geht¹⁾. Immerhin ist zu beachten: "Die räumlichen Marktgrenzen sind somit so zu ziehen, dass sie ein Gebiet umschliessen, innerhalb dessen die Anbieter ohne erhebliche Kostendifferenz an jeden beliebigen Ort liefern können"²⁾. Zum andern begrenzen die Beschaffenheit der Ware sowie die kurze Halbwärtszeit des technisch neuesten Standes den zeitlichen Marktumfang³⁾.

2. Möglichkeiten zur Bemessung massgeblicher Beeinflussung des Marktes durch Nachfrager

Massgeblicher Markteinfluss von Nachfragern kann anhand des *formalen* Kriteriums eines bestimmten Markt-

1) Vgl. allgemein Sattler, Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, a.a.O., 51 ff.

2) Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a. a.O., N. 200. Fraglich ist, wie die räumlich relevanten Grenzen verlaufen, wenn Hersteller Händler mit verschieden grossem Verteilernetz beliefern. *Reimann* (vgl. WuW 1976, 546 f) schlägt vor, den Markt nach der räumlichen Ausdehnung des "angebotenen" Vertriebsnetzes abzugrenzen. Dieser Auffassung ist entgegenzuhalten, dass sie Beschaffungsmarkt und nachgelagerten Absatzmarkt vermengt. Der räumlich relevante Markt zur Bestimmung von Nachfragemacht ist vielmehr unabhängig von der Grösse der nachgelagerten Vertriebskanäle zu vermarken; es kommt einzig darauf an, dass Anbieter Nachfrager ohne *erhebliche oder unzumutbare Fracht- und Wegkosten* beliefern können; Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes, a.a.O., 32.

3) Vgl. Beckmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes, a.a.O., 134 ff.

anteils gemessen werden¹⁾. Diesem Kriterium spricht die schweizerische Kartellkommission keine entscheidende Bedeutung zu²⁾; vielmehr bestimmt sie die relevante Nachfragemacht aufgrund der *tatsächlichen Beeinflussung der Märkte*³⁾. Hiefür stehen vor allem Struktur- und Verhaltenstests zur Verfügung⁴⁾.

3. Die Nachfragemacht - Keine massgebliche Beeinflussung des Marktes durch Nachfrager

Struktur- und Verhaltenstests können die tatsächlichen Marktverhältnisse am Normtatbestand *Wettbewerb* prüfen. Danach liegt massgeblicher Markteinfluss (nur) vor, wenn der Wettbewerb wesentlich beschränkt ist⁵⁾. Diese Konzeption unterliegt auch der Zweiteilung der wirtschaftlichen Macht, wie sie *Arndt*⁶⁾ vorschlägt. Wer (über die Cournot'schen Aktionsparameter hinaus) die *objektiven Handlungsvoraussetzungen schwächerer Wirtschaftler* zu verändern vermag, mithin über *Marktbeherrschung* verfügt⁷⁾, besitzt ein Monopol

1) So in der alten Fassung des GWB § 22 (vgl. dazu Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes, a.a.O., 44) oder auch im englischen Recht (vgl. dazu Marktmacht und Recht, Bericht des Expertenausschusses der OECD für wettbewerbsbeschränkende Praktiken, Köln/Berlin/Bonn/München 1970, 180).

2) Vgl. VKK, Nachfragemacht, 1976, 77.

3) Vgl. als Beispiel nur VKK, AMIDRO-Gutachten, 1976, 121 ff., insbesondere 157 ff.

4) Vgl. dazu Allemann, WuR 1965, 223 ff.; Sattler, Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, a.a.O., 63 ff.; VKK, AMIDRO-Gutachten, 1976, 160 ff.

5) Vgl. nochmals die alte Fassung des GWB § 22 (bzw. § 22 Abs. 1 Ziff. 1 des geltenden Gesetzes); vgl. auch Mestmäcker, E.-J., Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1959, 8.

6) Vgl. dazu oben, S. 24 f.

7) Vgl. dazu ebenda.

bzw. Monopson auf dem relevanten Markt¹⁾; Wettbewerb ist somit ausgeschlossen. Wer aber, wie der Nachfragemächtige²⁾, (bloss) über die Wertungen des schwächeren bestimmen kann, braucht keineswegs massgeblichen Markteinfluss (im Sinne der Beschränkung des Wettbewerbs) aufzuweisen; vielmehr kann er im Wettbewerb mit andern Nachfragern stehen³⁾.

4. Die Nachfragemacht - Massgebliche Beeinflussung des Marktes durch Nachfrager

Aus der Sicht des schweizerischen Kartellrechts gibt es keinen "Sonderfall Nachfragemacht"; "Nachfragemacht ist Marktmacht schlechthin"⁴⁾. Diese Aussage ist insofern tautologisch, als ja das KG ausschliesslich an die Kategorie der Marktmacht

1) "Kennzeichen der Marktbeherrschung ist es, dass ein Wirtschaftler ein bestimmtes Bedarfsgut, z.B. Telefonapparate, an einem relevanten Bedarfsmarkt, z.B. dem Markt für Telefonapparate in USA, *allein* vertreibt, resp. im Fall eines Monopsons allein bezieht"; Arndt, Oekonomische Theorie der Macht, a.a.O., 109; vgl. auch derselbe, Marktmonopol und wirtschaftliche Macht, a.a.O., 115.

2) Vgl. dazu oben, S. 25.

3) "Es gibt zahlreiche Fabriken für Oberhemden, für Kravatten oder Sportartikel in der BRD. Es gibt umgekehrt auch zahlreiche Geschäfte - Textilläden, Sportgeschäfte, Kaufhäuser u. dgl. - , die Oberhemden, Kravatten oder Sportartikel kaufen (und verkaufen). Ein marktbeherrschendes Monopson oder ein Monopol besteht also am Markt für Oberhemden, am Markt für Kravatten oder am Markt für Sportartikel nicht. Trotzdem kann ein bestimmter Fabrikant von einem bestimmten Kunden - z.B. einem Versandhaus oder einem Warenhauskonzern - so abhängig werden, dass er seinen Weisungen zu folgen hat"; Arndt, Oekonomische Theorie der Macht, a.a.O., 110.

4) Schluep, Ueber den Begriff der Nachfragemacht, a.a.O., 576, 581; ebenso Richli, P., Nachfragemacht und Angebotsmacht - Gemeinsamkeiten und Unterschiede, WuR 1978, 4 ff.; im Ergebnis auch die schweizerische Kartellkommission; vgl. VKK, Nachfragemacht, 1976, 78 f., in Verbindung mit 85, Fn. 19.

anknüpft¹⁾. Doch führt die Art der Anwendung des Marktmachttests im schweizerischen Kartellrecht auch zum (konstruktiven) Ergebnis, dass der Nachfragemacht im ökonomischen Sinne²⁾ in der Regel³⁾ Marktmacht zufällt. Denn hier bemisst sich Marktmacht von Nachfragern an der Autonomie ihrer Pla-

-
- 1) Von Kartellen verlangt das Gesetz, dass sie den Markt beeinflussen oder sich mindestens dafür eignen (KG Art. 2); ähnliche Organisationen müssen den Markt gar massgeblich beeinflussen (KG Art. 3 Abs. 1). Somit verbleibt kein Raum für wirtschaftliche Beziehungen, welche keinen (massgeblichen) Einfluss auf den Markt bewirken.
 - 2) Nachfragemacht erscheint in Arndts ökonomischer Theorie der Macht als Möglichkeit, subjektive Wertungen schwächerer Wirtschaftler zu beeinflussen; vgl. dazu oben, S.23 ff. Dabei ist nach herrschender Auffassung Existenzbedrohung des Anbieters nicht wesentliches Merkmal der Nachfragemacht. Vgl. Hefermehl, W., Zur Anwendung des § 26 Abs. 2 auf selektive Vertriebssysteme, GRuR 1975, 281; Sack, Zum erweiterten Adressatenkreis des Diskriminierungsverbots, GRuR 1975, 521.
 - 3) Ausgenommen sind die Fälle rein individueller Abhängigkeit. Diese liegen ausserhalb des Geltungsbereichs des KG; vgl. dazu oben, S.36. Individuelle Abhängigkeiten führen deshalb aus der Sicht des schweizerischen Kartellrechts nicht zu Nachfragemacht, obwohl der beherrschende Nachfrager die "subjektiven Wertungen" des abhängigen Anbieters durchaus beeinflussen kann; vgl. auch Schluep, Ueber den Begriff der Nachfragemacht, a.a.O., 583. In diesem Zusammenhang ist auch die Frage zu klären, ob verschuldete Abhängigkeit vom kartellrechtlichen Schutz auszuklammern ist. Vgl. VKK, Nachfragemacht, 1976, 88. Nach der hier vertretenen Auffassung geniesst selbstverschuldete Abhängigkeit von Anbietern kartellrechtlich insofern keinen Schutz, als sie Ausdruck rein individueller Situationen ist; vgl. ähnlich, im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung in GWB § 26 Abs. 2 Satz 2, Hefermehl, GRuR 1975, 279. Wer indes den relevanten Markt individuell abgrenzt, erfasst kartellrechtlich jeden Fall verschuldeter Abhängigkeit. So etwa Sack, GRuR 1975, 512.

nungsspielräume¹⁾ und nicht am Wettbewerb²⁾, an den konkreten Marktverhältnissen³⁾ und nicht an der abstrakten Macht des Nachfragers, objektive Handlungsvoraussetzungen Schwächerer in Variable zu verwandeln⁴⁾.

Mit der Nachfragemacht einher geht oft die Beeinträchtigung funktionierenden Nachfragewettbewerbs⁵⁾.

Doch braucht massgeblicher Markteinfluss den Wettbewerb unter Nachfragern nicht zu beschränken⁶⁾.

-
- 1) Nach neuerer schweizerischer (und ausländischer) Lehre verfügt ein Nachfrager über massgeblichen Markteinfluss, wenn ihm *relativ autonome Planungsspielräume* zur Verfügung stehen. Dabei geben (auch) Strukturkriterien Indizien über die Planungsfreiheit ab. Vgl. dazu Allemann, WuR 1976, 223 ff.; Schluep, WuR 1966, 68; derselbe, Ueber den Begriff der Nachfragemacht, a.a.O., 580; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, a.a.O., 75; Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a.a.O., N. 202; BGHZ 67, 104 ("Vitamin B 12") = BB 1976, 1238; Sattler, Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, a.a.O., 69 ff.; VKK, AMIDRO-Gutachten, 1976, 160 ff.
 - 2) Anders aber Arndt, vgl. dazu oben, S. 40 f.
 - 3) Vgl. auch Schluep, Ueber den Begriff der Nachfragemacht, a.a.O., 580 ff.
 - 4) "Abstrakt" meint im Kontext unabhängig von den vorliegenden, d.h. konkreten Marktverhältnissen. So grenzt Arndt den relevanten Markt (auch) zur Bestimmung von Nachfragemacht an der *Austauschbarkeit der Produkte für den Nachfrager* und nicht nach der *Produktions- und Vertriebsflexibilität* ab; vgl. etwa das Beispiel oben, S.41 Fn. 3.
 - 5) Vgl. als Beleg die Definition Richlis, WuR 1978, 6: "*Marktmacht und damit Nachfragemacht liegt vor, wenn ein Nachfrager aufgrund seiner Marktstellung von einem Anbieter Bedingungen zugestanden erhalten kann, die er bei funktionierendem Nachfragewettbewerb nicht durchsetzen könnte.*"
 - 6) Vgl. BGHZ 1967, 104 ("Vitamin B 12") = BB 1976, 1238; Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes, a.a.O., 44.

Im Gegenteil ist es (im schweizerischen Kartellrecht¹⁾) durchaus denkbar, dass ähnliche Organisationen gar zur *Steigerung des Wettbewerbs* führen²⁾. Nachfragemacht besorgt dann den Abbau natürlicher Wettbewerbsschranken³⁾ und schafft echte Alternativen auf der Marktgegenseite⁴⁾. Der relativ autonome Handlungsbereich des Nachfragers äussert sich dann beispielsweise in der Elastizität, im Gegensatz zum kleinen (potentiellen) Nachfrager ohne weiteres

-
- 1) Vgl. Schluep, W.R., Grundzüge des Entwurfs der Expertenkommission zur Revision des BG über Kartelle und ähnliche Organisationen, ZBJV 1979, 104. Vgl. auch den Begleitbericht zum Entwurf betreffend die Revision des Kartellgesetzes, November 1978, 44 f. Vgl. aber GWB § 22 Abs. 1 Ziff. 2; vgl. dazu Köhler, H., Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, ZHR, Beiheft 49, Heidelberg 1979, 46.
 - 2) Ein Blick auf die Strukturnorm *Kantzenbachs* lehrt, dass sich auch Oligopsonisten durchaus bekämpfen können. Vgl. Kantzenbach, E., Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Göttingen 1966; derselbe, Konzentration als Problem der Konkurrenzwirtschaft, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. 1, zweite, völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin 1971.
 - 3) Natürliche Beschränkungen des Wettbewerbs kennzeichnen sich dadurch, dass sie nicht auf Behinderung abzielen und überdies nicht bzw. kaum überwindbar sind. Anders die willkürlichen Beschränkungen des Wettbewerbs; sie sind zielgerichtet und überdies leicht zu beseitigen. Vgl. Hoppmann, Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, a.a.O., 172 f. Vgl. auch Willeke, Grundzüge wettbewerbspolitischer Konzeptionen, a.a.O., 44 ff. Willeke unterscheidet neben den natürlichen und willkürlichen auch die korrigierbaren Wettbewerbsbeschränkungen; diese sind nicht zielgerichtet und nur mit grossem politischem Aufwand zu beseitigen. Für den kleinen Nachfrager im Handel werden vorab die Entwicklungen hin zu moderneren Vertriebssystemen und das damit verbundene Einkaufsvolumen der Grossnachfrager zu "barriers to entry"; vgl. dazu auch unten, S.48 f.
 - 4) Vgl. dazu unten, S. 66 ff.

auf Eigenproduktion umzustellen bzw. zu importieren¹⁾ oder in der Möglichkeit, moderne Vertriebsformen anzubieten²⁾. Jedenfalls stellt sich Nachfragemacht nicht in der Weise vor, dass "ein Nachfrager aufgrund seiner Marktstellung von einem Anbieter Bedingungen zugestanden erhält, die er bei funktionierendem Wettbewerb nicht durchsetzen könnte"³⁾.

1) Vgl. Köhler, ZHR, Beiheft 49, 49.

2) Vgl. Reimann, WuW 1976, 547.

3) Richli, WuR 1978, 6 (Unterstreichung vom Verfasser). Die Definition Richlis setzt zudem bestehende Lieferbeziehungen voraus. Doch kann sich die wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Nachfragemacht auch in der Geschäftsverweigerung (bzw. in der Nichtaufnahme in das Sortiment) äussern; vgl. dazu Benisch, W., Gemeinschaftskommentar, 3. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1976, § 26 Abs. 2 N. 29; anders aber Riesenkampff/Sauer, BB 1975, 72; vgl. auch unten, S. 87.

2. Abschnitt: Ursachen und Auswirkungen der
Nachfragemacht

A. Zur Nachfragemacht des Handels

§ 8. Zu den Ursachen

Die Darstellung der Ursachen für die Entstehung der Nachfragemacht ist Gegenstand zahlreicher Abhandlungen¹⁾. Die überwiegende Zahl der Untersuchungen führt die Entstehung von Nachfragemacht auf Veränderungen der Nachfrage- wie auch der Angebotsseite zurück²⁾; die modernen Kaufgewohnheiten haben es dem Handel ermöglicht, den technischen Fortschritt hin zum *Grossverteiler*³⁾ zu realisieren⁴⁾. Damit verfügt der Grossverteiler über Einkaufspotentiale, welche ihn im Verhältnis zum Produzenten in eine Position der Stärke versetzen⁵⁾, zumal der Zulieferant heute vielfach (als Folge von Angebotsüberhängen) seine

-
- 1) Vgl. etwa Centonze, Die Versorgungsstruktur des Einzelhandels, a.a.O., 40 ff.; Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a.a.O., N. 44 ff.; Kantzenbach, Wirtschaftliche Ursachen und Auswirkungen der Nachfragemacht, a.a.O., 125 ff.; Tolksdorf, M., Ruinöser Wettbewerbs. Ein Beitrag zur Phänomenologie und wettbewerbspolitischen Behandlung einer marktwirtschaftlichen Fehlentwicklung, Diss. Berlin 1970, 19 ff.; VKK, Die Konzentration im Lebensmitteldetailhandel, 1979, 349 ff.
 - 2) Vgl. nur Centonze, Die Versorgungsstruktur des Einzelhandels, a.a.O., 40 ff., m.w.N.
 - 3) "Grossverteiler" steht hier im Gegensatz zum unabhängigen Detaillisten. Vgl. auch Centonze, Die Versorgungsstruktur des Einzelhandels, a.a.O., 166.
 - 4) Vgl. zur Darstellung der Entwicklung dieses Prozesses etwa Frehner, E., Wandlungen im Einzelhandel, in: Vielfalt der Wirtschaftspolitik, Festgabe für Richard Büchner, Zürich 1969, 197 ff.
 - 5) Vgl. nochmals Centonze, Die Versorgungsstruktur im Einzelhandel, a.a.O., 307 f.; Schluep, ZSR 1973 II, 196.

Kapazitäten nicht auslasten kann¹⁾.

§ 9. Zu den Auswirkungen

I. Konzentrationsprozesse

1. Handelsstufe

Technischer Fortschritt geht über das Grossunternehmen²⁾. Wer sich diesem Entwicklungsprozess nicht anpasst, wird im Ausleseprozess vom Markt verdrängt³⁾.

In der Tat verwandeln sich (auch) in der Schweiz die Prozesse mit der Entwicklung⁴⁾. Dies äussert sich im

1) Vgl. Köhler, ZHR, Beiheft 49, 9 f.; Sölter, WRP 1977, 445. Diese Angebotsüberhänge sind Ausfluss des technischen Fortschritts, welcher die "*optimale Betriebsgrösse tendenziell vergrössert*" (Schluep, ZSR 1973 II, 210) und so unausgenutzte Produktionskapazitäten schafft. Dies bestätigen die empirischen Untersuchungen Tolksdorfs. Vgl. Tolksdorf, Ruinöser Wettbewerb, a.a.O., 39 ff. Häufig werden diese strukturellen Lagen durch konjunkturell parallel laufende Prozesse verstärkt. Vgl. nochmals Tolksdorf, Ruinöser Wettbewerb, a.a.O., 86 ff.; Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a.a.O., N. 68 ff.

2) Vgl. Schumpeter, J.A., Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, Bern 1946, 174 ff.

3) Vgl. generell zur Prozesstheorie Arndt, Mikroökonomische Theorie, Bd. 2, a.a.O., 4 ff. Vgl. zu den Entwicklungs- und Anpassungsprozessen derselbe, Mikroökonomische Theorie, Bd. 2, a.a.O., 201 ff.; Centonze, Die Versorgungsstruktur des Einzelhandels, a.a.O., 213 ff.

4) Für Deutschland vgl. nur Köhler, ZHR, Beiheft 49, 11 ff., m.w.N.; für die Schweiz vgl. Bitterli, H., Unbewältigte Strukturanpassung an der Konsumfront, NZZ Nr. 162/1978, 13. Zur modernen Distributionsstruktur sowie den neuen Verkaufsmethoden in der Schweiz vgl. Jäggi, Y., Le phénomène de la concentration dans le secteur de la distribution, Lausanne 1970; November, A., Distribution, Entwicklung und Neuorientierung von Handel und Verkauf, Die Orientierung (Hrsg. Schweizerische Volksbank), Nr. 70/1978.

Detailhandel als "Ladensterben"¹⁾ (Ausleseprozess) sowie im Anschluss der *nachahmenden Unternehmer an die bahnbrechenden Leistungen ihrer schöpferischen Konkurrenten* ²⁾, namentlich der Grossverteiler (Anpassungsprozesse). Solche Entwicklung bewirkt zunehmende *Unternehmenskonzentration* im Handel ³⁾.

2. Lieferantenstufe

Die fortschreitende Unternehmenskonzentration auf der Handelsstufe braucht den Nachfragewettbewerb unter den Händlern *in seiner Funktionsfähigkeit* nicht zu beeinträchtigen; im Gegenteil ermöglichen insbesondere Kooperationen unter kleinen Nachfragern

-
- 1) Vgl. Sweda-Statistik, Stand 1.1.1979 (Hrsg. Litton Business System, Zürich); Promarca, Jahresbericht 1978, 14 ff.; VKK 1979, 308 ff.
 - 2) Vgl. dazu die Kooperationen im Handel, VKK 1979, 299 ff.; zur neuesten Entwicklung, Bitterli, H., Weitere Konzentration im Lebensmitteldetailhandel. Erfordernis von Strukturbereinigung und Kooperation, NZZ Nr. 119/1979, 20; derselbe, Das "Famila"-Konzept. Weitere Konzentration der Kräfte im gewerblichen Lebensmittelhandel. Gemeinsame Absatzlinie von EG Burgdorf, Stop und Végé, NZZ Nr. 161/1979, 19; derselbe, "Famila" erhält Zuwachs. Gewichtiger Zusammenschluss im Berner Lebensmittelhandel. EG Burgdorf übernimmt Teil von Schweizer, NZZ Nr. 190/1979, 17; derselbe, Beginnende Marktoffensive der "Famila"-Absatzlinie. Forcierte Renaissance der gewerblichen Nachbargeschäfte, NZZ Nr. 200/1979, 13.
 - 3) Vgl. zur Konzentration als Ausfluss der wirtschaftlichen Entwicklung, Arndt, Mikroökonomie, Bd. 2, a.a.O., 233. Im übrigen sei verwiesen auf die zusammenfassende Darstellung der Probleme bei Schluep, ZSR 1973 II, 191 ff. Zur Konzentrationsentwicklung im Lebensmitteldetailhandel vgl. VKK 1979, 308 ff. Zur Konzentration als Folge von Nachfragemacht vgl. Anghern, WuR 1973, 241; VKK, Nachfragemacht, 1976, 83.

diesen erst¹⁾. Indes bringt solche Entwicklung bei (strukturellen) Ueberhängen auf der Lieferantenstufe für diese gar einen zusätzlichen Druck²⁾. Er vermindert die Ertragslage der Produzenten und löst ruinösen Wettbewerb³⁾ unter ihnen aus, was wiederum in Konzentration - hier auf der Lieferantenstufe - endet⁴⁾.

II. Zu den Folgeerscheinungen

Im Zusammenhang mit der Bildung von Nachfragemacht sind vor allem zwei negative Folgeerscheinungen vorzutragen: Zum einen gefährdet Konzentration im Handel den Mittelstand als wesentlichen Pfeiler einer Demokratie⁵⁾. Zum andern befürchtet man, Nachfragemacht fördere das Aufkommen von Versorgungsengpässen

-
- 1) Vgl. dazu oben, S. 44 und unten, S. 66 ff. Darauf weist auch der Bericht der Kartellkommission zur Konzentration im Lebensmitteldetailhandel hin; vgl. VKK 1979, 367 ff. Vgl. auch Bitterli, H., M wie Sündenbock, NZZ 64/1979, 117; derselbe, NZZ 200/1979, 13.
 - 2) Produzenten wird die Möglichkeit genommen, die schlechten Preise der Grossnachfrager durch überhöhte Forderungen gegenüber schwachen Abnehmern auszugleichen. Als Beispiel solcher Praxis diene der amerikanischen Gross- und Einzelhandel; vgl. dazu Tolksdorf, Ruinöser Wettbewerb, a.a.O., 70 ff., insbesondere 80.
 - 3) Ruinöser Wettbewerb meint hier *isopsonistische* Verwandlungsprozesse und somit nicht verdrängenden Wettbewerb. Verdrängender Wettbewerb äussert sich als *monopsonistischer* Verwandlungsprozess. Vgl. zu den Begriffen des isopolistischen, bzw. monopolistischen Verwandlungsprozesses Arndt, H., Schöpferischer Wettbewerb und klassenlose Gesellschaft. Zugleich ein Beitrag zur Preis- und Beschäftigungslehre, Volkswirtschaftliche Schriften, Heft 2, Berlin 1952, 92 ff.
 - 4) Vgl. Anghern, WuR 1973, 242 ff. Diesen Prozess illustriert etwa die Uebernahme der Roco durch Nestlé; vgl. dazu Bitterli, H., Opfer von Nachfragemacht, NZZ 270/1979, 17.
 - 5) Vgl. dazu allgemein Schluep, ZSR 1973 II, 226 f., m.w.N.; im Zusammenhang mit der Nachfragemacht Köhler, ZHR, Beiheft 49, 13.

für Minderheiten¹⁾.

Andererseits beschert Nachfragemacht dem Verbraucher (auf dem Wege günstigeren Einkaufs) eine Steigerung des verfügbaren Einkommens; dies jedenfalls, soweit auf dem nachgelagerten Absatzmarkt Wettbewerb herrscht²⁾.

B. Zur Nachfragemacht der Grossindustrie

Der Zwang zur optimalen Betriebsgrösse³⁾ bewirkt in der Zulieferindustrie zunehmende Spezialisierung⁴⁾. Die Spezialisierung hängt überdies eng mit der Einsicht der Grossunternehmen zusammen, der Verzicht auf Eigenherstellung von Rohteilen bringe mehr als die Vollintegration⁵⁾. Folge dieser Entwicklung sind die Abhängigkeiten der Zulieferindustrie vom industriellen Grossabnehmer (Nachfragemacht)⁶⁾.

1) Vgl. Kantzenbach, Wirtschaftliche Ursachen und Auswirkungen der Nachfragemacht, a.a.O., 136 f.; Köhler, ZHR, Beiheft 49, 12 m.w.N.; Promarca, Jahresbericht 1976, 13. Im übrigen weist man gerne darauf hin, dass moderne Vertriebssysteme zu einem Abbau der *Service- und Beratungsfunktionen* führen; vgl. Kantzenbach, Wirtschaftliche Ursachen und Auswirkungen der Nachfragemacht, a.a.O., 136.

2) Vgl. Anghern, WuR 1973, 41; Köhler, ZHR, Beiheft 49, 12; VKK, Nachfragemacht, 1976, 83. Vgl. aber Arndt, H., Macht der Nachfrage, MA 1975, 13.

3) Vgl. nochmals Schluep, ZSR 1973 II, 191 ff.

4) Vgl. Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a.a.O., N. 50, N. 132 ff.

5) Vgl. Freiin von Friesen, DB, Beilage 6/1978 zu Heft 12/1978, 5; Schluep, ZSR 1973 II, 217.

6) Anghern, WuR 1973, 230; Arndt, MA 1975, 9; Köhler, ZHR, Beiheft 49, 9; Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a.a.O., N. 213; Reimann, WuW 1976, 543; VKK, Nachfragemacht, 1976, 59.

C. Zur Nachfragemacht des Staates

Der Staat verfügt auf verschiedenen Gebieten über rechtlich relevante Nachfragemacht¹⁾. Die Ursachen liegen einerseits im *rein rechtlichen* Bereich²⁾. Zum andern lässt der *zunehmende Anteil des Staates am Bruttosozialprodukt* diesen in gewissen Branchen als Grossnachfrager auftreten³⁾.

-
- 1) Die Gemeinden und Kantone treten auf gewissen Märkten des Bausektors als Grossnachfrager auf. Der Bund verfügt in den Bereichen militärische Ausrüstungsgegenstände, Telefonapparate (PTT), Papierbleikabel (PTT), Roll- und Schienenmaterial (SBB) über Nachfragemacht; vgl. dazu Richli, WuR 1978, 10 f.
 - 2) Dies, wenn dem Staat durch Gesetz gewisse wirtschaftliche Sektoren (direkt oder indirekt) übertragen werden.
 - 3) Vgl. die Nationale Buchhaltung der Schweiz, in: Die Volkswirtschaft, Heft 9/1979, 563 ff.

3. Abschnitt: Kartell- bzw. wettbewerbsrechtliche
Ueberprüfung der Entstehung und
Ausübung von Nachfragemacht

A. Bewertungsgrundlagen

§ 10. Das Kartellgesetz

Das *geltende* Kartellgesetz schützt, zumindest aus der Sicht des historischen Gesetzgebers¹⁾, den "Möglichen Wettbewerb"²⁾. Das *Kartellprivatrecht* untersagt im Regelfall (KG Art. 4/5)³⁾ gezielte⁴⁾ An-

- 1) Vgl. die Vorarbeiten für ein Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen. Bericht und Text des Gesetzesentwurfes der Expertenkommission, Bern 1959; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 18. September 1961. Vgl. zur Darstellung der historischen Zusammenhänge Schluep, W.R., Schweizerische Wettbewerbspolitik zwischen gestern und morgen, in: Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, Festgabe zum 65. Geburtstag von Hugo Sieber, Bern/Stuttgart 1976, 118 ff.
- 2) Das Konzept des "Möglichen Wettbewerbs" ist von der PbK herausgearbeitet worden. Vgl. den Bericht der PbK, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, Bern 1957. Dem Konzept des "Möglichen Wettbewerbs" liegt die Vorstellung zugrunde, das Verbot *gezielter kollektiver Wettbewerbsbehinderung Dritter* vermöge funktionsfähigen Wettbewerb zu garantieren. Indes hat sich gezeigt, dass auch *umfassende* Kartellierung sowie *natürliche* Beschränkungen des Wettbewerbs (vgl. zum Begriff oben, S. 44 Fn. 3) dessen Funktionsfähigkeit beeinträchtigen können. Vgl. Mestmäcker, E.-J., Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, in: Recht und ökonomisches Gesetz, Baden-Baden 1979, 520 f.; Schluep, Schweizerische Wettbewerbspolitik zwischen gestern und morgen, a.a.O., 128.
- 3) KG Art. 4/5 lässt Wettbewerbsbehinderungen nur *ausnahmsweise* zu, wenn diese (auch) mit Blick auf das Gemeinwohl der Koordination durch Wettbewerb vorzuziehen sind. Vgl. Schluep, Allgemeines Wirtschaftsrecht und Schweizerisches Kartellgesetz, a.a.O., 596 ff. Dies jedenfalls war (auch) die Meinung des *historischen Gesetzgebers*; vgl. Schluep, ZBJV 1979, 76 ff. Ganz anders aber die *geltende Praxis* zu KG Art. 4/5; sie läuft auf eine rein zivilrechtliche Interessenabwägung hinaus; vgl. dazu die Rechtsprechung des Bundesgerichtes, BGE 98 II 376 im Anschluss an die Lehre Homburgers (Homburger, E., Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes, ZSR 1970 II, 90 ff.). Anders aber E Art. 7 Abs. 1; vgl. dazu Schluep, ZBJV 1979, 91 f.
- 4) Vgl. dazu unten, S. 73.

griffe von Kartellen und ähnlichen Organisationen auf Aussenseiter und Newcomers¹⁾, sofern diese im Wettbewerb erheblich²⁾ behindert³⁾ werden. Das *Kartellverwaltungsrecht* ahndet überdies natürliche Wettbewerbsbeschränkungen sowie freiwillige umfassende Kartellierung, sofern diese "volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen" (KG Art. 20 Abs. 1) hervorrufen, welche "mit dem Gesamtinteresse" unvereinbar sind (KG Art. 22)⁴⁾.

-
- 1) Das Kartellprivatrecht schützt primär die Wettbewerbsfreiheit als selbstständiges Rechtsgut und erst im Reflex den Wettbewerb. Vgl. dazu Homburger, ZSR 1970 II, 100 ff.; Koller, A., Die Rechtsprechung zum Kartellgesetz, a.a.O., 108; derselbe, Die Konzeption des Möglichen Wettbewerbs. Auslegungshilfe des Kartellgesetzes?, WuR 1970, 147 ff.; Merz, Kartellgesetz, a.a.O., 47 ff.; Schluep, WuR 1969, 201 ff.; anders hingegen Schürmann, L., Die Durchführung des Kartellgesetzes, WuR 1969, 70 ff.
 - 2) Nicht jede Beeinträchtigung der Persönlichkeit im Wettbewerb ist erheblich. Vielmehr gilt Behinderung als wettbewerbseigen (und braucht nicht notwendig materielle Wettbewerbsbeschränkung zu beinhalten). Schluep schlägt vor, die Erheblichkeit der Behinderung daran zu messen, "ob das Hindernis die objektiv verstandene ('hypothetische') Wettbewerbsmöglichkeit vereitelt"; Schluep, ZBJV 1979, 91. Vgl. die verschiedenen Auslegungen des Tatbestandsmerkmals der "Erheblichkeit" bei Kummer, M., Die "Erheblichkeit" der Wettbewerbsbehinderung (KG 4) nach der Praxis des Bundesgerichtes, in: *Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux*, Fribourg 1977, 543 ff.
 - 3) Vgl. zum Begriff der Behinderung unten, S. 79 Fn. 5.
 - 4) Nach Auffassung des historischen Gesetzgebers sind Auswirkungen *volkswirtschaftlich und sozial schädlich*, wenn Kartelle oder ähnliche Organisationen das *physische Existenzminimum der Wettbewerbsfreiheit*, welches zur Aufrechterhaltung des *Möglichen Wettbewerbs* absolut notwendig ist, unterschreiten. Vgl. PbK, Kartell und Wettbewerb, a.a.O., 160. An diese Maxime hat sich die Kartellkommission anfangs gehalten; vgl. Fröhlicher, K., Die Kartellkommission und der Wettbewerb, WuR 1968, 240 ff. Dann übernahm sie die von Sieber vorgeschlagene *Saldotheorie*; vgl. Sieber, H., Aktuelle Probleme der schweizerischen Wettbewerbspolitik, WuR 1967, 25 ff.; derselbe, Ueber die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, WuR 1973, 48 ff. Vgl. zur Praxis der Kartellkommission die zusammenfassende Dar-

Mit Blick auf die moderne Wettbewerbstheorie¹⁾ wird im *Expertenentwurf* zur Revision des geltenden Kartellgesetzes vorgeschlagen, im Grundsatz alles zu verbieten, was den "Möglichen Wettbewerb" beeinträchtigt²⁾.

§ 11. Die Generalklausel im UWG

I. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs in UWG Art. 1 Abs. 1

ZGB Art. 2 verbietet *generell* den Rechtsmissbrauch³⁾; UWG Art. 1 Abs. 1 ist ein *Sonderfall* des allgemeinen

stellung bei Schürmann, L., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 1978, 306 ff. Diese Praxis "führt im Ergebnis zu einer (methodologisch geförderten) Politik der *Kartellfreundlichkeit* und des *Wohlwollens gegenüber ähnlichen Organisationen*"; Schluep, ZBJV 1979, 82. Anders aber E Art. 30 Abs. 3; vgl. dazu den Begleitbericht, a.a.O., 40 ff.; Schluep, ZBJV 1979, 96 ff.

- 1) Diese lehrt, dass der *freie* Wettbewerb in der Regel dem Gemeinwohl am Besten dient; vgl. Hoppmann, E., Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Theodor Wessels zum 65. Geburtstag, Berlin 1967, 145 ff.; Willeke, F.U., Grundzüge wettbewerbspolitischer Konzeptionen, Tübingen 1973, 54 ff., 58.
- 2) Vgl. E Art. 6, E Art. 30 Abs. 2/Art. 42. Vgl. dazu Schluep, ZBJV 1979, 84 ff. Immerhin sieht auch der Revisionsentwurf Ausnahmen vor; vgl. E Art. 7, E Art. 30 Abs. 3.
- 3) Vgl. dazu Merz, H., Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I/1, Einleitungsband, Art. 2 ZGB, Bern 1962 (zit. Art. 2 ZGB). Im übrigen sei auf die Darstellung Niederhausers verwiesen; vgl. Niederhauser, M., Missbrauch der Marktmacht, a.a.O., 19 ff. m.w.N.

Missbrauchsverbots¹⁾.

Missbrauch ist die Feststellung, dass ein (subjektives) Recht *zweckwidrig* ausgeübt wird²⁾. Dies aber ist offensichtlich ein Problem der Auslegung, insbesondere der Auslegungsmethoden³⁾ und Auslegungsgesichtspunkte⁴⁾. Das *Wirtschaftsrecht* bedient sich namentlich der *funktionalen* Betrachtungsweise; gefragt wird nach der Koordinationsfunktion der Normen und Institute, in die das

-
- 1) Vgl. Germann, O., *Concurrence déloyale, Unlauterer Wettbewerb, Concorrenza sleale*, Zürich 1945 (zit. Kommentar UWG), 245 ff.; Troller, A., *Immaterialgüterrecht*, 2. Auflage, Bd. 2, Basel/Stuttgart 1971, 1048; Niederhauser, *Missbrauch der Marktmacht*, a.a.O., 50 ff. (mit eingehender Diskussion zur Frage, ob "Sonderverbindung" wesentliches Merkmal von Art. 2 ZGB darstelle). Anders hingegen Baudenbacher, *Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht*, Diss. Zürich 1978, 125; Merz, Art. 2 ZGB, a.a.O., N. 34; Deschenaux, H., *Die Einleitungstitel, Schweizerisches Privatrecht II*, Basel 1967, 116.
 - 2) Vgl. Merz, Art. 2 ZGB N. 285; Schluep, W.R., *Die wohl-erworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht*, Diss. St. Gallen 1955, 312; vgl. aus jüngster Zeit Niederhauser, *Missbrauch der Marktmacht*, a.a.O., 26 ff., m.w.N.
 - 3) Meyer-Hayoz unterscheidet die subjektiv-historische, die objektiv-historische und die objektiv-geltungszeitliche Methode. Vgl. Meyer-Hayoz, A., *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bd. I/1, Einleitungsartikel, Art. 1 ZGB, Bern 1962, (zit. Art. 1 ZGB), N. 151 ff.
 - 4) Als Auslegungsgesichtspunkte kommen traditionsgemäss *grammatikalische* sowie *teleologische* Elemente zum Tragen; vgl. Meyer-Hayoz, Art. 1 ZGB N. 184 ff. Im Wirtschaftsrecht fragt man zudem aus *funktionaler* Sicht; vgl. dazu S. 58 Fn. 1.

(subjektive) Recht eingebettet ist¹⁾. Die Generalklausel im UWG ermächtigt denn auch den Richter, "aufgrund von Erwägungen, die zum Teil *ausserhalb des Gesetzestextes liegen*, rechtsschöpferisch ein System von Normen über den unlauteren Wettbewerb aufzubauen"²⁾ und öffnet unter dem Titel von "*Treu und Glauben* die Pforten weit zur Berücksichtigung übergeordneter Gesamtwerte"³⁾.

II. Der Schutz des Wettbewerbs als Zweck des UWG

1. Der Schutz des Wettbewerbs als Fernzweck des UWG

Ein Teil der Lehre sieht im UWG vorab ein Gesetz zum Schutz individueller Rechtsgüter⁴⁾, insbesondere der *Persönlichkeit im wirtschaftlichen Wettbe-*

-
- 1) Vgl. zur wirtschaftsrechtlichen Sicht Schluep, W.R., Was ist Wirtschaftsrecht?, in: Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, 83 ff.; derselbe, Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, a.a. O., 572 ff.; Gygi, F./Schluep, W.R., Schweizerisches Wirtschaftsrecht, in: Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechtes (Hrsg. Rinck), Frankfurt/Berlin 1971, 87 ff.; Steindorff, E., Politik des Gesetzes als Auslegungsmassstab im Wirtschaftsrecht, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, 232 ff.
 - 2) Matter, E., Zur Generalklausel im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, ZBJV 1978, 454.
 - 3) Schluep, W.R., Wirtschaftsrechtliche Aspekte der Werbung durch Appell an das Unbewusste, ZSR 1972 I, 382.
 - 4) Vgl. Troller, A., Der schweizerische gewerbliche Rechtsschutz, Basel 1948, 24. Troller geht davon aus, das gegen den unlauteren Wettbewerb geschützte Recht sei "*gleich den andern Rechten im gewerblichen Rechtsschutz ein ausschliessliches absolutes Wertrecht an den im eigenen Geschäftsbetrieb geschaffenen und an den rechtmässig erworbenen immateriellen Gütern, die im Wettbewerb einen Umsatznutzen verschaffen können*"; Troller, ebenda. Vgl. anders Troller, A., Immaterialgüterrecht, Bd. 2, a.a.O., 1050.

werb¹⁾. Doch hat man den Schutz der Wettbewerbsfreiheit vor unlauterem Wettbewerb schon früh (auch) in den wirtschaftsrechtlichen Zusammenhang gestellt: Schutz der Persönlichkeit bringt Wettbewerbsschutz²⁾.

2. Der Schutz des Wettbewerbs als Nahzweck des UWG

Heute wird (überwiegend) die Meinung vertreten, das UWG schütze *objektive Verhaltensnormen*³⁾. Inhalt dieser Normen sind *sittliche*⁴⁾ wiewohl auch *ord-*

1) Dabei steht das Recht auf *freie Entfaltung* der Persönlichkeit im Vordergrund; vgl. von Büren, B., Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Zürich 1957 (zit. Kommentar UWG), Allgemeines, N. 7 ff., m.w.N.; Kummer, Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze, a.a.O., 88, 110; Schluep, W.R., Vom lauterem zum freien Wettbewerb, GRuR Int. 1973, 448. Einige Autoren räumen dem Gewerbetreibenden gar das *Recht an der Kundschaft* ein. Vgl. Korrodi, H., Die strafrechtliche Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Diss. Zürich 1907, 29; Vinassa, W., Die Kundschaft, Diss. Bern 1925, 111.

2) Vgl. von Büren, Kommentar UWG, a.a.O., Allgemeines, N. 5 ff.; Kohler, Der unlautere Wettbewerb, a.a.O., 17; Kummer, Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze, a.a.O., 112; Schluep, GRuR Int. 1973, 450; Troller, Der gewerbliche Rechtsschutz, a.a.O., 23 f., 194 ff.; Purtschert, J., Der Schutz des unmittelbaren Ergebnisses einer Arbeits- oder Unternehmensleistung, Diss. Fribourg 1974, 155 m.w.N. Vgl. dazu auch oben, S. 12.

3) Vgl. Germann, Kommentar UWG, a.a.O., 245; derselbe, Die Bona Fides als Grundlage des Wettbewerbsrechts, in: Aequitas und Bona Fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, Basel 1955, 78; derselbe, Zum Leistungsprinzip im Wettbewerbsrecht, WuR 1968, 147; derselbe, Vergleichende Reklame, WuR 1954, 274; Troller, Immaterialgüterrecht, a.a.O., 1050 f.

4) Jedenfalls sieht die herrschende Lehre in der Generalklausel einen generellen Verweis auf die Geschäftsmoral. Vgl. Niederhauser, Missbrauch der Marktmacht, a.a.O., 26 ff., 49 ff.; Von Büren, Kommentar UWG, a.a.O., Allgemeines, N. 14; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, a.a.O., 103 ff., m.w.N.; Troller, Immaterialgüterrecht, a.a.O., 1046 ff.

nungspolitische¹⁾ Werte. Beide Wertgefüge sind aber gegenseitig derart verzahnt²⁾, dass gar von einer "mysteriösen Vermessungslehre"³⁾ die Rede ist. Aus rein ordnungspolitischer Sicht wird "die Wettbewerbsordnung selbst"⁴⁾ zum Schutzgut des UWG (ohne jedoch als objektive Verhaltensnorm in eine "pseudomarxistische (objektive) Leistungswertlehre"⁵⁾ zu entarten⁶⁾).

-
- 1) Vgl. Germann, Die Bona Fides, a.a.O., 78 ff.; derselbe, Kommentar UWG, a.a.O., 255 ff.; derselbe, WuR 1968, 147 ff.; Troller, Immaterialgüterrecht, a.a.O., 1048 ff.; Raiser, L., Marktbezogene Unlauterkeit, GRuR Int. 1973, 443 ff.; Sack, R., Sittenwidrigkeit, Sozialwidrigkeit und Interessenabwägung, GRuR 1970, 493 ff.; derselbe, Wettbewerbsverzerrungen durch "Anzapfen", WRP 1978, 261 ff.; Lehmann, M., Wirtschaftspolitische Kriterien in § 1 UWG. Mitarbeiterfestschrift für E. Ulmer, Köln/Berlin/Bonn/München 1973, 330 ff.; Ulmer, P., Leistungsfremde Wettbewerbspraktiken marktstarker Unternehmen - Neuorientierung des Diskriminierungsverbots und der Instrumente des UWG, in: Bericht des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Verkehr über den Wettbewerbskongress, München 1977, 187 ff.; derselbe, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen. Eine kartell- und wettbewerbsrechtliche Fallstudie zum Anzeigenwettbewerb auf dem Pressemarkt des Ruhrgebietes, 1. Auflage, Baden-Baden 1977, 63 ff. Vgl. dazu auch die Zusammenstellung bei Purtschert, Der Schutz des unmittelbaren Ergebnisses einer Arbeitsoder Unternehmensleistung, a.a.O., 155 ff.
 - 2) Vgl. dazu unten, S.74 f.
 - 3) Schluep, W.R., Ueber Kritik im wirtschaftlichen Wettbewerb, in: Homo creator, Festschrift für Alois Troller, Basel/Stuttgart 1976, 249.
 - 4) Germann, Kommentar UWG, a.a.O., 55.
 - 5) Schluep, Ueber Kritik im wirtschaftlichen Wettbewerb, a.a.O., 249.
 - 6) Vgl. dazu unten, S.70 ff.

B. Zur kartellrechtlichen Beurteilung der *Entstehung*
von Nachfragemacht¹⁾

§ 12. Der *funktionierende* Nachfragewettbewerb als
Referenznorm

Die Entstehung von Nachfragemacht beurteile ich an der gesetzgeberischen Idee (und nicht an der davon abweichenden Praxis zum geltenden Kartellgesetz)²⁾. *Zweckwidrig* ist demnach die Entstehung von Marktmacht *in der Regel*³⁾, wenn sie *funktionierenden Wettbewerb erheblich beeinträchtigt*. Von dieser Regel ist auch für die Beurteilung der Nachfragemacht keine *generelle* Ausnahme zu machen, obgleich Konsumenteninteressen *scheinbar* durch Nachfragemacht regelmässig besser verwirklicht werden als durch funktionierenden Nachfragewettbewerb⁴⁾.

1) Nachfragemacht ist im schweizerischen Kartellrecht Marktmacht. Davon wird auch in den folgenden Ueberlegungen ausgegangen.

2) Vgl. dazu oben, S. 54 ff.

3) Das schweizerische Kartellgesetz hat instrumentalen Charakter; Abweichungen vom Normalzweck des KG sind deshalb durchaus denkbar. Vgl. dazu Schluep, Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, a.a.O., 592 ff.

4) Die herkömmliche Wettbewerbstheorie geht davon aus, der Konsument steuere den Wettbewerb (sog. Konsumentensouveränität); somit beinhalte Wettbewerbsschutz zugleich Verbraucherschutz. Vgl. dazu Belke, R., Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsverbote nach der Kartellgesetznovelle, ZHR 138 (1973), 225 ff.; Görens, E., Wettbewerb und Wirtschaftswachstum, Freiburg i.B. 1969, 100 ff.; Schluep, ZSR 1972 I, 358 ff. Diese Parallele von Wettbewerbsschutz und Verbraucherschutz scheint indes im Rahmen des Nachfragewettbewerbs -

§ 13. Erkennungsmarken funktionierenden Nachfragewettbewerbs

I. Der "echte" Angebotswettbewerb auf der Marktgegenseite

Entgegen einer verbreiteten Meinung¹⁾ herrscht echter Wettbewerb auf einer Marktseite nur, falls den Konkurrenten *mindestens zwei Ueberwechslungsvarianten* zur Verfügung stehen²⁾. Echter Anbieterwettbewerb ist im Käufermarkt also nur möglich, falls auf der Gegenseite mindestens zwei Nachfrager sich gegenseitig die Waage halten, d.h. unter sich im Wettbewerb stehen. Darin also liegt ein Merkmal funktionierenden Wettbewerbs unter Nachfragern im Käufermarkt, dass gegenüberliegenden Anbietern *echte* Alternativen zur Verfügung gestellt werden.

zumindest kurzfristig-aufgehoben; denn bei funktionierendem Nachfragewettbewerb im Käufermarkt resultieren höhere Preise als bei dessen Beschränkung durch Nachfragemacht; vgl. dazu Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, a.a.O., 153 ff., 156 f.; vgl. auch oben, S. 30. Trotzdem liegt Nachfragewettbewerb in *längerfristiger* Betrachtungsweise *vermutlich* im grösseren Interesse des Verbrauchers als dessen wesentliche Beschränkung durch Nachfragemacht. Denn der Nachfragemächtige braucht, ist der nachgelagerte Angebotswettbewerb einmal beschränkt, Einkaufsvorteile nicht mehr an die Verbraucher weiterzugeben; vgl. OLG Frankfurt, WuW/E 1589 ("Eintrittsgelder"); Anghern, WuR 1973, 240 ff.; Tolksdorf, Ruinöser Wettbewerb, a.a.O., 201 ff. Vgl. dazu auch unten, S. 88 Fn. 3 .

- 1) Vgl. etwa Fikentscher, WuW 1960, 685; Merz, Das schweizerische Kartellgesetz, a.a.O., 3; Kummer, Zum Begriff des Kartells, a.a.O., 58.
- 2) Vgl. dazu ausführlich Scheufele, BB, Beilage 4/1973 zu Heft 9/1973, 8; ebenso Schluep, Ueber den Begriff der Nachfragemacht, a.a.O., 574.

II. Chancengleichheit für den nachgelagerten Absatzwettbewerb

Nachfragewettbewerb äussert sich im Käufermarkt als passive Rivalität. Diese verhindert, dass ein Nachfrager auf Kosten der andern "nachhaltige und dauernde"¹⁾ Einkaufsvorteile erzielt. Im Resultat sorgt Nachfragewettbewerb mithin für Chancengleichheit im Wettbewerb auf dem nachgelagerten Absatzmarkt²⁾.

§ 14. Zur Bildung von Einkaufsabsprachen unter Nachfragern

I. Zu den Auswirkungen der Bildung von Einkaufsabsprachen unter Nachfragern auf den funktionierenden Nachfragewettbewerb

Die Bildung von Einkaufsabsprachen beschränkt den Wettbewerb unter Nachfragern jedenfalls formell³⁾. Es stellt sich allerdings die Frage, ob in Sachlagen, in denen funktionierender Nachfragewettbewerb durch vorherrschende natürliche Zutrittsschranken bereits erheblich beeinträchtigt ist, ein Anwendungsfall der qualitativen Rule of Reason⁴⁾ vorliegt. Vorab mag

1) Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a.a.O., N. 228.

2) Vgl. im übrigen zu den Funktionen des Nachfragewettbewerbs ausführlich Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, a.a.O., 53 ff.

3) Vgl. dazu oben, S. 31 ff.

4) Vgl. zum Begriff der Rule of Reason etwa Schluep, W.R., Der Alleinvertriebsvertrag - Markstein der EWG-Politik, Schweizerische Beiträge zum Europarecht, Bern 1966, 153 ff.

der Eindruck entstehen, Einkaufsabsprachen trügen (durch Schaffung gleicher Einkaufsbedingungen wie sie der Grossabnehmer geniesst) zum Funktionieren des *ohnehin beschränkten* Nachfragewettbewerbs bei. Indes ist diese Ueberlegung nicht schlagend. *Einkaufsabsprachen* vermögen den Lieferanten *keine echten Alternativen* zu liefern. Denn namentlich die Produzenten werden *gezwungen*, das Einkaufskartell - *sachlich ungerechtfertigt*¹⁾ - zu denselben Bedingungen zu *beliefern* wie den integrierten Grossabnehmer, der ihnen (als Folge grosser Auftragslose und zentraler Abnahme) *überproportionale Kostenreduktionen* (Vertriebs- und Produktionskosten) *verschafft*²⁾.

-
- 1) Einkaufsabsprachen verschaffen den *Produzenten* keine überproportionale Kostenreduktionen (Vertriebs- und Produktionskosten); denn sie sind Zusammenarbeit ohne Gemeinschaftsunternehmen (vgl. dazu oben, S.31 Fn. 1), offerieren mithin weder zentrale Abnahme noch grosse Auftragslose; vgl. aber die Einkaufsgemeinschaft unten, S.66 Fn. 3.
 - 2) Auch das Argument, die *Beeinträchtigung des Nachfragewettbewerbs* sei in Kauf zu nehmen, weil (und insofern) sie zur *Belebung des nachgelagerten Absatzwettbewerbs* beitrage und insofern *per saldo* zur *Steigerung der Funktionsfähigkeit des Gesamtwettbewerbs* führe, geht fehl. Vgl. aber Baur, J.F., Genossenschaften und Kartellrecht, in: Genossenschaften-Demokratie und Wettbewerb, Tübingen 1972, 497 ff., insbesondere 516. Dies läuft auf Ueberlegungen im Sinne der *Rule of Reason* hinaus. Die wettbewerbspolitische *Rule of Reason* schiebt sich aber bloss "zwischen formale und materielle Beschränkung"; Schluep, Der Alleinvertriebsvertrag, a.a.O., 157. Sie hat also nicht die Aufgabe, materielle Wettbewerbsbeschränkungen gegen gute Marktergebnisse abzuwägen. "Man pflegt zu sagen, der Wettbewerb bleibe (trotz Beschränkungen) *funktionsstüchtig*, solange der Markt erwünschte Ergebnisse zeitige. Diese Auffassung ist abzulehnen, weil sie in fine die *Wettbewerbsfreiheit preisgibt*"; Schluep, ebenda.

II. Zur kartellrechtlichen Beurteilung der Bildung von Einkaufsabsprachen unter Nachfragern

Falls die Bildung von Einkaufsabsprachen mehr auf Behinderung der Zulieferanten und Mitnachfrager als auf das eigene Vorwärtsskommen angelegt ist, liegt eine *gezielte* Vorkehr (im Sinne des Art. 4 KG) vor¹⁾. Doch gleichgültig, ob die Bildung von Einkaufsabsprachen zum Behinderungsvehikel wird oder nicht, bleibt *kartellverwaltungsrechtlich* zu prüfen, ob *der damit verbundene Wettbewerbsverlust im Gesamtinteresse liegt* (KG Art. 22)²⁾. Dagegen sprechen jedenfalls folgende Gesichtspunkte: Zum einen wird heute überwiegend die Meinung vertreten, *nebensichtige Marktmacht* - und um solche handelt es sich bei Einkaufsabsprachen unter Nachfragern, insofern kostensenkende Wirkungen für gegenüberliegende Marktpartner ausbleiben - sei ein untaugliches Mittel zur Lösung von Marktmachtproblemen³⁾. Zum andern steht fest, dass reine Einkaufsmacht notwendige Anpassungsprozesse⁴⁾ nicht verhindern kann⁵⁾.

-
- 1) Vgl. zum Begriff der *gezielten* Vorkehr unten, S. 73. Wann dies zutrifft, vermag wohl nur die Prüfung im Einzelfall zu beantworten.
 - 2) Falls eine *gezielte* Vorkehr vorliegt, erfolgt diese Prüfung zudem im Rahmen von KG Art. 5.
 - 3) Vgl. nur Säcker, F.-J., Die Genossenschaften im System des deutschen und europäischen Kartellrechts, in: Archiv für öffentliche und freigemeinnützige Unternehmen, Bd. 9 (1971), 209 ff., m.w.N. Man beruft sich auf die Argumente - totale Vermachtung der Märkte, Einigung zu Lasten Dritter -, welche auch gegen die Theorie *gegengewichtiger* Machtbildung vorgebracht werden; vgl. dazu unten, S.88 Fn. 1 ; *anders* aber Benisch, W., Äquivalenz, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, Acp 166, 68 ff.
 - 4) Vgl. dazu oben, S.48 f.
 - 5) Jedenfalls vertritt ein Teil der Lehre die Auffassung, strukturelle Anpassungen liessen sich allenfalls

§ 15. Zur Entstehung von Einkaufsgemeinschaften

I. Zu den Auswirkungen der Entstehung von Einkaufsgemeinschaften auf den funktionierenden Nachfragerwettbewerb

Die Gründung von Einkaufsgemeinschaften beeinträchtigt den Wettbewerb unter den Kooperanten zumindest formell¹⁾. Doch ist es durchaus möglich, dass Einkaufsgemeinschaften "ihrer Funktion nach die Intensität des Wettbewerbs im freien Bereich steigern"²⁾. Dies ist regelmässig der Fall, wenn bereits vorhandene (natürliche) Zutrittsschranken die Funktionsfähigkeit des Nachfragerwettbewerbs herabsetzen. Denn anders als Einkaufsabsprachen unter Nachfragern stellen Einkaufsgemeinschaften den Anbietern echte Alternativen zum Grossnachfrager zur Verfügung³⁾. Entgegen aller Kritik an der Gegenmachtstheorie⁴⁾ führt "countervailing power" in diesen Fällen zu keiner Vermach-

verzögern, nicht aber vermeiden. Vgl. etwa Hamm, W., Die Bedeutung des leistungsgerechten Wettbewerbs im Rahmen der Wettbewerbsregeln, WuW 1975, 122 ff. Dies bestätigt insbesondere die Erfahrung mit dem RPA. Die Revolution im Versorgungsbereich konnte trotz massiver Unterstützung der traditionellen Strukturen durch den RPA nicht aufgehalten werden; vgl. dazu Tolksdorf, Ruinöser Wettbewerb, a.a.O., 70 ff., 131.

- 1) Vgl. dazu oben, S. 26 ff.
- 2) Schluep, ZSR 1973 II, 551 (Hervorhebung vom Verfasser). Dies lehrt ein Blick auf die Strukturnorm Kantzenbachs, wonach sich Oligopsonisten im weiten Oligopson durchaus bekämpfen können; vgl. zum Literaturnachweis oben, S.44 Fn. 2.
- 3) Die Gründung von Einkaufsgemeinschaften führt zu zentraler Abnahme sowie zu wesentlich grösseren Auftragslosen für die Lieferanten; im übrigen vgl. oben, S. 26 Fn. 2. Dies bewirkt eine, bezogen auf die Auftragsmenge, überproportionale Senkung der Produktions- und Vertriebskosten der Lieferanten; vgl. auch Köhler, ZHR, Beiheft 49, 54. Somit setzen sich (aus der Sicht des Lieferanten) Gemeinschaftsunternehmen integrierten Grossnachfragern gleich; sie schaffen dem Produzenten mithin echte Alternativen.
- 4) Vgl. dazu unten, S. 88 Fn. 1.

tung der Märkte noch zu einem Zusammenschluss auf Kosten Dritter¹⁾.

II. Zur kartellrechtlichen Beurteilung der Entstehung von Einkaufsgemeinschaften

Einkaufsgemeinschaften sind, soweit sie *das Funktionieren des Nachfragewettbewerbs* fördern, kartellrechtlich nicht nur erlaubt, sondern gar erwünscht; denn sie tragen *die Möglichkeit* in sich, den Mittelstand im Rahmen einer systemkonformen Wettbewerbspolitik²⁾ zu schützen³⁾. "In gesellschaftspolitischer Sicht hat man eine echte Alternative zur Konzentration vor sich"⁴⁾.

Einkaufsgemeinschaften sind, selbst wenn diese *funktionierenden Nachfragewettbewerb* beschränken, als Kooperationsveranstaltungen nicht auf Behinderung Dritter ausgerichtet⁵⁾. Zudem konstituiert der mit der Gründung von Einkaufsgemeinschaften verbundene

-
- 1) Nicht aufgenommene Mitnachfrager sind ja (durch die *bereits vorhandenen* natürlichen Wettbewerbsbeschränkungen) als passive Rivalen schon längst behindert.
 - 2) Vgl. zum Begriff und zum Postulat systemkonformer Wirtschafts- und damit Wettbewerbspolitik unten, S. 77 Fn. 2.
 - 3) Ebenso Schluep, ZSR 1973 II, 551, jedoch in anderem Zusammenhang. Aus dem deutschen Schrifttum vgl. den Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaft vom 13.6.1973, Bundesdrucksache 7/765; Benisch, W., Kooperationsfibel, a.a.O., 458 ff.; Dürinkel, W., Die Kooperationserleichterungen nach der Kartellgesetznovelle 1973, in: Auslegungsfragen zur zweiten GWB-Novelle, FIW-Schriftenreihe, Heft 66, Köln/Berlin/Bonn/München 1974; Säcker, Die Genossenschaften im System des deutschen und europäischen Kartellrechts, a.a.O., 198 ff. und 213 ff.
 - 4) Schluep, ZSR 1973 II, 551.
 - 5) Kooperationen werden in aller Regel nicht zu *gezielten* Vorkehren; vgl. Schluep, ZSR 1973 II, 523 ff.

Wettbewerbsverlust "für sich allein nicht die volkswirtschaftliche und soziale Schädlichkeit und schon gar nicht die Unvereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse"¹⁾. So gilt es "zu bedenken, dass zumal *funktionale* Kooperation als Mittel zur Erlangung von Grössenvorteilen gesellschaftspolitisch der Vollkonzentration vorzuziehen ist"²⁾. Dennoch sind allfällige *negative* Wirkungen der Gründung einer Einkaufsgemeinschaft³⁾ auch zu veranschlagen⁴⁾.

C. Zur kartell- und wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der *Ausübung* von Nachfragemacht

Vorbemerkung

Die Bildung von Nachfragemacht als Folge der Ausübung der Wettbewerbsfreiheit ist *im Grundsatz* untersagt, sofern damit auch der Verlust funktionierenden Nachfragewettbewerbs verbunden ist. Wird aber aus Gründen des Gesamtinteresses die Entstehung wettbewerbsbeschränkender Nachfragemacht *ausnahmsweise* zugelassen, verbleibt noch die Missbrauchskontrolle.

1) Schluep, ZSR 1973 II, 550.

2) Schluep, ZSR 1973 II, 526.

3) Vgl. dazu oben, S.50 f.

4) Diese Ueberlegungen gelten (falls ausnahmsweise eine *gezielte* Vorkehr vorliegt) auch im Rahmen von KG Art. 5.

Der Schutz vor *Machtmissbrauch* wird vorab durch das KG übernommen¹⁾. Dennoch stellt sich angesichts der neueren Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung zur Generalklausel des UWG²⁾ die Frage, ob das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb allenfalls dort einspringen kann, wo das Kartellgesetz "versagt".

§ 16. Der Leistungswettbewerb als Referenznorm der Missbrauchskontrolle von Nachfragemacht

I. Zu Begriff und Funktion des Leistungswettbewerbs

Die Diskussion um den Begriff des Leistungswettbewerbs hat diesen keineswegs zu klären vermocht³⁾.

1) Vgl. hier nur Schluep, W.R., *Prix et marques d'appel en droit comparé, Aspects économiques et juridiques*, in: *Actes du Colloque de Lausanne*, Genève 1976, 81. Zum grundsätzlichen Verhältnis zwischen KG und UWG vgl. anstatt Vieler Schluep, GRuR Int. 1973, 448: "Allemaal geht es um den Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit: einmal geht es um das 'Ob', zum andern um das 'Wie'; einmal um Quantität, dann um Qualität; einmal um die Freiheit, handkehrum um die Reinhaltung des Wettbewerbs." Im übrigen vgl. auch unten, S.75 Fn.1 und S.78 f.

2) Vgl. dazu unten, S.75 f.

3) Vgl. etwa Baur, J.F., Wettbewerbsregeln und Aussenseiter, ZHR 141 (1977), 293 ff.; Hönn, G., Wettbewerbsregeln und die Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs, GRuR 1977, 14 ff.; Freitag, K.P., Der Leistungswettbewerb als rechtliche Denkfigur, Diss. Göttingen 1968; Ohm, H., Die Definition des Leistungswettbewerbs und ihre Verwendungsfähigkeit für die praktische Wirtschaftspolitik, in: *Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeption*, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, N.F. Bd. 18 (1960), 239 ff.; Ulmer, *Leistungsfremde Wettbewerbspraktiken*, a.a.O., 187 ff. Doch arbeitete man schon früher mit der Figur des Leistungswettbewerbs; vgl. etwa Lobe, A., *Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs*, Bd. I, *Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung*, Leipzig 1907; Nipperdey, H.C., *Wettbewerb und Existenzvernichtung*, Berlin 1930; Ulmer, E., *Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht*, Berlin 1932.

Doch treffen sich alle *Vorstellungen* über den Leistungswettbewerb in der Formel, der Wettbewerb erbringe die gewünschten Ergebnisse nur, wenn "jeder seine Leistung voll einsetzen und sie *vom Konkurrenten ungehindert* zur Geltung bringen dürfe. Das Fundament des wirtschaftlichen Systems der freien Konkurrenz wird zum Einsturz gebracht, wenn die Leistungen nicht mehr entscheiden"¹⁾. Mithin wird die Behinderung Dritter im Wettbewerb zur *zweckwidrigen* Ausübung der Wettbewerbsfreiheit²⁾, wenn sie "weniger das eigene Vorankommen befördern als einem bestimmten Konkurrenten oder einer bestimmten Konkurrentenkategorie das Bein stellen soll"³⁾; verboten ist also der Nichtleistungswettbewerb.

Es steht heute fest, dass die Suche nach der *besseren Leistung im Wettbewerb nicht von Modellvorlagen übernommen werden kann*; vielmehr wird nur der reale "Such-, Informations- und Lernprozess"⁴⁾ die ge-

-
- 1) Troller, Der schweizerische gewerbliche Rechtsschutz, a.a.O., 23 (Hervorhebung vom Verfasser). Vgl. derselbe, Immaterialgüterrecht, a.a.O., 1050; von Büren, Kommentar UWG, a.a.O., Allgemeines, N. 23; Germann, O., Zur Rechtsfindung im Wettbewerbsrecht, ZBJV 1936, 63; derselbe, Zur Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes, SJZ 1944, 287; derselbe, Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bern 1950, 220; derselbe, Kommentar UWG, a.a.O., 293 f.; derselbe, Die Bona Fides, a.a.O., 80 ff.; derselbe, WuR 1968, 143; Kummer, Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze, a.a.O., 119; Matter, ZBJV 1951, 456; Röpke, W., Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart, Erlenbach-Zürich 1942, 357 ff. Vgl. auch BGE 1972 II, 394.
 - 2) Vgl. zum Begriff des Rechtsmissbrauchs oben, S. 57.
 - 3) Schluep, Prix et marques d'appel en droit comparé, a.a.O., 76.
 - 4) Hoppmann, E., Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts, in: Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974, 10 (Hervorhebung vom Verfasser).

wünschte Selektion liefern¹⁾. Wer dennoch *vorhandene Unternehmens- und Marktstrukturen zur wettbewerbs- (bzw. struktur-) politischen Modell-Blaupause erhebt und als leistungsfremd alles bezeichnet was davon abweicht, tauscht den Wettbewerb gegen eine "pseudomarxistische (objektive) Leistungswertlehre"*²⁾. In der Tat erscheinen Forderungen nach einem Verbot von Wettbewerbshandlungen, "welche das System des freien Wettbewerbs um seinen Nutzen bringen"³⁾, denn auch meistens *nicht als "gebrauchsfertiges Konzept"*⁴⁾ zur Bestimmung verbotenen Verhaltens im Einzelfall⁵⁾ (mikroökonomischer Begriff des Leistungswettbewerbs), sondern *bloß als wettbewerbspolitisches Programm*⁶⁾ (makro-

-
- 1) Vgl. Hoppmann, E., Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts, a.a.O., 5 ff.; derselbe, Fusionskontrolle, Tübingen 1972, 24 ff. Hoppmann stützt sich dabei auf die wissenschaftstheoretischen Erkenntnisse des *kritischen Rationalismus*, insbesondere auf Popper, K.R., Logik der Forschung, 2. Auflage, Tübingen 1966; Albert, H., Theorie und Prognose in den Sozialwissenschaften, in: Logik der Sozialwissenschaften, Köln/Berlin 1965, 126 ff.; von Hayek, F.A., Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kiel 1964; derselbe, Die Theorie komplexer Phänomene, Tübingen 1972.
 - 2) Schluep, Ueber Kritik im wirtschaftlichen Wettbewerb, a.a.O., 249. Nicht was der Markt honoriert, sondern was die Behörden festlegen, wird zur Leistung. Vgl. Hamm, WuW 1975, 122 ff.; Hoppmann, Fusionskontrolle, a.a.O., 24 ff.; derselbe, Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts, a.a.O., 5 ff.; Mestmäcker, E.-J., Missbrauch der Nachfragemacht und Möglichkeiten ihrer kartellrechtlichen Kontrolle, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1976/77, FIW-Schriftenreihe, Heft 81, Köln/Berlin/Bonn/München 1975, 24.
 - 3) Troller, Immaterialgüterrecht, a.a.O., 1048.
 - 4) Germann, Kommentar UWG, a.a.O., 251 (Hervorhebung vom Verfasser).
 - 5) Vgl. auch Schluep, Ueber Kritik im wirtschaftlichen Wettbewerb, a.a.O., 249; Baudenbacher, Suggestivwerbung, a.a.O., 140; Matter, ZBJV 1951, 463.
 - 6) Vgl. etwa Germann, ZBJV 1936, 64; derselbe, Die Bona Fides, a.a.O., 71 ff.; Troller, Der schweizerische ge-

ökonomischer Leistungsbegriff¹⁾).

Dieses Programm kann m.E. nicht mit dem Hinweis, es stamme aus der Gedankenwelt der "vollkommenen Konkurrenz", für *unzuständig* erklärt werden²⁾; denn auch in der (realen) unvollkommenen Konkurrenz soll (möglichst) nur mit den Mitteln der eigenen Leistung und nicht mit Macht und List gekämpft werden. Im Gegenteil fällt der Figur des Leistungswettbewerbs (auch als unverbindliches Programm) die *Aufgabe* zu, dem Richter bei der Frage nach der missbräuchlichen Ausübung der Wettbewerbsfreiheit als *generelle Vorstellung- und Orientierungshilfe* zu dienen³⁾.

werbliche Rechtsschutz, a.a.O., 23 f.; derselbe, Immaterialgüterrecht, a.a.O., 1048 ff.; von Büren, Kommentar UWG, Allgemeines, N. 23.

- 1) Vgl. zur Unterscheidung des Leistungswettbewerbs in einen mikroökonomischen und in einen makroökonomischen Begriff Purtschert, Der Schutz des unmittelbaren Ergebnisses einer Arbeits- oder Unternehmensleistung, a.a.O., 184; ähnlich auch Freitag, Der Leistungswettbewerb, a. a.O., 33; Ohm, Die Definition des Leistungswettbewerbs, a.a.O., 239 ff.
- 2) Vgl. aber Baudenbacher, Suggestivwerbung, a.a.O., 159: "Nun ist in der Tat nicht zu übersehen, dass der Begriff des Leistungswettbewerbs von seiner Herkunft her mit Assoziationen verbunden ist, die einen *Verzicht* auf ihn als ratsam erscheinen lassen. Im schweizerischen Lauterkeitsrecht kann es nicht darum gehen, einem Wirtschaftsmodell der vollkommenen Konkurrenz zum Durchbruch zu verhelfen. Vielmehr wird angestrebt, einen *funktionsfähigen Wettbewerb* zu gewährleisten."
- 3) Gegen den kritischen Rationalismus sind erhebliche Bedenken angemeldet worden. Vgl. hier nur Kuhn, T.S., Die Struktur wissenschaftlicher Revolution, Frankfurt 1973. Jedenfalls zeigt sich, dass Modellvorstellungen durchaus nützliche (wenn nicht gar notwendige) Grundlage für Schätzungsurteile des Richters abgeben; vgl. Schluep, Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, a.a.O., 590. Der Weg über die Modellvorstellung des Leistungswettbewerbs führt denn auch zur Bestimmung der *gezielten* Vorkehr (KG Art. 4); vgl. dazu unten, S. 73.

II. Zum grundsätzlichen Verbot des Nichtleistungswettbewerbs

1. Zum Verbot des Nichtleistungswettbewerbs im Kartellprivatrecht

Das Kartellgesetz (KG Art. 4) verbietet nur *gezielte* Vorkehren *marktmächtiger Unternehmen*. *Gezielte* Vorkehren sind auf *Behinderung* - also nicht auf *Leistung* - gerichtete Massnahmen¹⁾. Dabei kommt es allein auf den *objektiven Zweck* und nicht auf die (*subjektive*) *Vernichtungsabsicht* an²⁾. Nach herrschender Lehre liegen *gezielte* Vorkehren nicht vor, wenn erhebliche Behinderungen "auch bei normalem Wettbewerbsdruck *objektiv* geboten wären, wenn mithin irgendein Konkurrent ohne gesteigerten Markteinfluss *ceteris paribus* sich gleich verhielte"³⁾. Abgestellt wird auf den *hypothetischen Wettbewerbsverlauf*⁴⁾; gefragt wird nach dem (hypothetischen) *Mitteleinsatz ohne Marktmacht*, mithin nach der reinen Leistung. Entspricht der fragliche *Mitteleinsatz* der Vorstellung des Leistungswettbewerbs, ist gar "der *Ausbau* der Marktstellung unter voller Ausnutzung der Marktmacht erlaubt"⁵⁾.

1) Zum Begriff der *gezielten* Vorkehr vgl. Schluep, Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbotes, a.a.O., 103 ff.; derselbe, WuR 1969; derselbe, Prix et marques d'appel en droit comparé, a.a.O., 76; Koller, A., Von der Rechtfertigung der Kartellordnung und der Vorkehren zu ihrer Durchsetzung, SAZ 1978, 60; Schürmann, Kommentar, a.a.O., 65, 71.

2) Vgl. Koller, Die Rechtssprechung zum Kartellgesetz, a.a.O., 101 f.; Schluep, Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbotes, a.a.O., 106.

3) Schluep, WuR 1969, 213.

4) Vgl. Schluep, Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbotes, a.a.O., 106 ff. Vgl. auch BGHZ 1967, 104; 68, 23.

5) Schluep, WuR 1969, 214.

2. Zum Verbot des Nichtleistungswettbewerbs in
UWG Art. 1

2.1 Zum Verbotsinhalt des Art. 1 UWG nach herrschender
Lehre

Nach herrschender Lehre und Rechtssprechung wird der *freie Leistungsvergleich* unter Konkurrenten (bewusst) zumindest *in Frage gestellt*, wenn gezielter Boykott¹⁾, Vernichtungsunterbietung²⁾ oder etwa irreführende oder herabsetzende Werbung³⁾ vorliegen. Allerdings braucht man zur Begründung der Unlauterkeit *in diesen Fällen* nicht weiter danach zu fragen, ob der unerwünschte *Erfolg* (die Ausbotung des Konkurrenten) auch *tatsächlich*⁴⁾ eingetreten ist; denn *hier* wird verbotenes von erlaubtem Marktverhalten "gesondert aufgrund einer mysteriösen Vermessungslehre, deren Regeln in kaum durchschaubarer Komplexität teils *ethischen*, teils *systemtheoretischen* Ursprungs sind"⁵⁾.

1) Vgl. von Büren, Kommentar UWG, a.a.O., Generalklausel, N. 30 ff.; Germann, Kommentar UWG, a.a.O., 299 ff.; Kummer, Anwendungsbereich und Schutzgut privatrechtlicher Rechtssätze, a.a.O., 132 ff.; Ulmer, Leistungsfremde Wettbewerbspraktiken, a.a.O., 194.

2) Vgl. dazu die Uebersicht über die schweizerische Lehre und Praxis, Schluep, Prix et marques d'appel en droit comparé, a.a.O., 66 ff.

3) Vgl. von Büren, Kommentar UWG, Generalklausel, N. 2 ff.; Germann, Kommentar UWG, a.a.O., 293.

4) Vgl. aber zur *marktbezogenen Unlauterkeit*, welche den *Erfolgsunwert* zu ihrer notwendigen *Voraussetzung* hat, unten, S.76 Fn.3 und S. 78.

5) Schluep, Ueber Kritik im wirtschaftlichen Wettbewerb, a. a.O., 249 (Hervorhebung vom Verfasser). Nach herrschender Auffassung verletzen alle diese Fälle, weil *Vernichtungs- bzw. Täuschungsabsicht* vorliegt, immer zugleich auch die *guten Sitten* im Wettbewerb; vgl. Kummer, Anwendungsbereich und Schutzgut privatrechtlicher Rechtsätze, a.a.O., 117 ff.; von Büren, Kommentar UWG, a.a.O., Generalklausel, N. 45; Schluep, Prix et marques d'appel en droit comparé, a.a.O., 71 ff.

Diese Vermessungslehre gründet auf der neoliberalen Vorstellung, *geschäftsmoralisch sauberes Verhalten* Sorge zugleich auch für *leistungsgerechten Wettbewerb*¹⁾.

2.2 Möglichkeiten und Schranken einer Erweiterung des Verbotsinhaltes des Art. 1 UWG

2.2.1 Neuere Tendenzen in Lehre und Rechtsprechung

Ein Blick auf die Vermachtungstendenzen und Strukturveränderungen auf den Märkten²⁾ lehrt, dass selbst *Unternehmen ohne Marktmacht mit geschäftsmoralisch durchaus sauberem Verhalten gegen den Leistungswettbewerb verstossen können* (indem sie ihre Aktionsparameter mehr auf Behinderung als auf das eigene Vorankommen richten und so die *tatsächliche*

1) Vgl. Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, a.a.O., 107. Auf diesem Grundgedanken fusst die Theorie der *wirtschaftspolitischen Neutralität* des UWG. Vgl. dazu Raiser, GRuR Int. 1973, 443 ff. Staatliche Wirtschaftspolitik beschränkt sich danach auf die Gewährleistung einer Rahmenordnung (KG) und auf die *Ueberwachung der Sauberkeit im staatsfreien Bereich* (UWG); vgl. dazu Schluep, GRuR Int. 1973, 447 ff. Daraus resultiert ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen UWG und KG in dem Sinne, dass die *Ausweitung des Unlauterkeitsbereichs* immer auf *Kosten des freien Wettbewerbs* geht. Vgl. nochmals Schluep, GRuR Int. 1974, 448 f.; Ulmer, Leistungsfremde Wettbewerbspraktiken, a.a.O., 223 f. Als *Vertreter der Theorie der wirtschaftspolitischen Neutralität* des UWG vgl. etwa Kummer, Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze, a.a.O., 120; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, a.a.O., 40 ff.; Koenigs, F., Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, 1041 f.; Kroitsch, H., Wirtschaftspolitische Entscheidungen durch Wettbewerbsregeln oder durch die UWG-Rechtssprechung, BB 1977, 220; Schwarz, G., Verfolgung unlauteren Wettbewerbs im Allgemeininteresse, GRuR 1967, 333 ff.; Samwer, S., Verbraucherschutz und Wettbewerbsrecht, GRuR 1969, 326 ff.

2) Vgl. etwa unsere Ausführungen oben, S.48 ff.; im übrigen vgl. Schluep, ZSR 1973 II, 189 ff.

Beschränkung Dritter im Wettbewerb erreichen)¹⁾.

Die neuere Lehre²⁾ und Rechtssprechung³⁾ in Deutschland bezeichnen deshalb in jüngster Zeit Praktiken auch *im Vorfeld der Marktmacht* als unlauter, weil leistungsfremd, selbst wenn ihnen Vernichtungsabsicht fehlt. Damit werden Verhaltensweisen, welche bislang in der sogenannten "grauen Zone"⁴⁾ zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb lagen, untersagt. Man spricht von *marktbezogener Unlauterkeit*⁵⁾.

-
- 1) Vgl. Raiser, GRuR Int. 1973, 443 ff.; Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., 63 ff.; derselbe, Leistungsfremde Wettbewerbspraktiken, a.a.O., 194 ff.
 - 2) Raiser, GRuR Int. 1973, 443 ff.; Sack, GRuR 1975, 493 ff.; derselbe, WRP 1975, 60 ff.; Schricker, G., Entwicklungstendenzen im Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRuR 1974, 579 ff.; Ott, C., Systemwandel im Wettbewerbsrecht. Die Generalklausel des § 1 UWG und ihre Rückwirkungen auf Rechtsprechung und Dogmatik, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, 403 ff.; Lehmann, Wirtschaftspolitische Kriterien in § 1 UWG, a.a.O., 330 ff.; Ulmer, Leistungsfremde Wettbewerbspraktiken, a.a.O., 219 ff.; derselbe, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., 63 ff.
 - 3) Verboten werden verschiedene Arten von Wertreklame, zwar immer nur, falls diese Dritte im Wettbewerb auch *tatsächlich* beschränken; vgl. nur BGHZ 43, 278 ("Kleenex-Fall"). Im übrigen sei verwiesen auf Raiser, GRuR Int. 1973, 443 ff.; Ulmer, Leistungsfremde Wettbewerbspraktiken, a.a.O., 195 ff., beide mit Hinweisen und Besprechungen der jüngsten Rechtssprechung zum deutschen UWG.
 - 4) Mit dem Begriff der "grauen Zone" steckt man jenes Feld ab, welches man "wegen der schweren Feststellbarkeit der Grenze zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb die Zone des Zweifels, ob ein Verhalten noch lauter oder schon unlauter ist" (Sack, R., Lauterer und leistungsgerechter Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln, GRuR 1975, 298), nennt. Die "graue Zone" beschreibt mithin keine dritte, zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb liegende Zone; denn entweder ist ein Verhalten lauter oder es ist unlauter. Vgl. Sack, GRuR 1975, 298 ff., m.w.N.
 - 5) Vgl. Raiser, GRuR 1973, 443 ff.; Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., 64 f., m.w.N.

2.2.2 Schranken möglicher Verbotsinhalte des Art. 1 UWG

Das UWG hat sich an den ordnungspolitischen Grundsatzentscheid zu halten und diesem zum Durchbruch zu verhelfen¹⁾. Entscheidungen bzw. Urteile im Rahmen des UWG müssen deshalb *systemkonform* sein, dürfen mithin der *Natur des Wettbewerbs nicht zuwiderlaufen*²⁾.

*In der Natur des Wettbewerbs liegt es, "dass der überlebt und die Konzentration schürt, der das Wettbewerbsgeschäft am trefflichsten zu betreiben versteht"*³⁾. Aus *funktionaler Sicht im Wirtschaftsrecht* wird die Ausübung der Wettbewerbsfreiheit also nicht schon deswegen zum unlauteren Wettbewerb, weil (und insofern) sie zur Existenzvernichtung

-
- 1) Dies folgt aus der funktionalen Auslegung von UWG Art. 1 Abs. 1; vgl. dazu oben, S.56ff. Vgl. auch Schluep, Was ist Wirtschaftsrecht, a.a.O., 80 ff.; derselbe, Schweizerische Wettbewerbspolitik zwischen gestern und morgen, a.a.O., 97 f.; derselbe, GRuR Int. 1973, 452.
 - 2) Vgl. Schluep, W.R., Wirtschafts- und Sozialverfassung, ZSR 1978 I, 335 ff., 356, 372 ff. Die Frage nach der Systemkonformität von Massnahmen ist von der ökonomischen Theorie zu beantworten. Vgl. dazu Röpke, Die Gesellschaftskrisis, a.a.O., 258 ff.; Jöhr, W., Stichwort "Wirtschaftspolitik", Staatslexikon 8, Freiburg 1969, 809. *Systemfremd sind vor allem Massnahmen, welche dem hypothetischen Wettbewerbsverlauf nicht gerecht werden.* Vgl. Schiller, K., Stichwort "Wirtschaftspolitik", HDSW 12, Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1965, 213.
 - 3) Schluep, Prix et marques d'appel en droit comparé, a.a.O., 82.

Dritter führt¹⁾ oder in fine den Wettbewerb verunmöglicht; unerwünschter Erfolg allein begründet keine Unlauterkeit²⁾. *Gegen die Natur des Wettbewerbs verstösst, wer mit anderen Mitteln als der eigenen Leistung kämpft* (Handlungsunwert) und in der Folge Dritte im Wettbewerb *tatsächlich* beschränkt (Erfolgsunwert). Solche Handlungen (nur) sind aus funktionaler Sicht im Wirtschaftsrecht unlauter, gleichgültig ob sie die guten Sitten im Verkehr verletzen oder nicht³⁾. Die neuere Rechtssprechung zum UWG

-
- 1) Denn wer Wettbewerb betreibt, muss Beschränkungen und selbst Existenzgefährdung auf sich nehmen; vgl. dazu Germann, SJZ 1944, 292; derselbe, Kommentar UWG, a.a.O., 292 ff.; von Büren, Kommentar UWG, a.a.O., General-klausel, N. 31 ff.; Schluep, Ueber den Begriff der Nachfragemacht, a.a.O., 582. Vgl. auch WuW/E OLG 1550 ("SABA"). Eine andere Frage jedoch ist, "ob sich Wettbewerb als Bestreben, dem Nächsten das 'Geschäft' wenn möglich wegzuschnappen, ethisch mit dem Gebot der Nächstenliebe verträgt; oder ob nicht eine sittlich auf die Dauer nicht zu verkraftende Schizophrenie (unter dem Motto 'business is business') die verheerende Folge sein wird"; Schluep, W.R., Fragmente zur Revision des schweizerischen Wettbewerbsrechts, Die Volkswirtschaft 1979, 286). Ähnliche Probleme treten im Rahmen der Nachfragemacht offen zu Tage, wenn der marktmächtige Nachfrager im Stil des "all or none-bargaining" verhandelt. Vgl. zu diesem Verhandlungsstil nur Arndt, WuW (S) 1972, 4; derselbe, Marktmonopol und wirtschaftliche Macht, a.a.O., 113 f.
 - 2) Der Hinweis auf die Gefährdung des Mittelstandes oder der Versorgungssicherheit durch Ausübung von Nachfragemacht reicht zur Begründung unlauteren Verhaltens durch marktstarke Nachfrager nicht aus. Vgl. dazu generell Emmerich, V., Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München 1976, § 3 Ziff. 1; vgl. auch Schluep, Prix et marques d'appel en droit comparé, a.a.O., 81 f. Auch das Kartellrecht verbietet nur Vorkehren; vgl. KG Art. 4
 - 3) Vgl. Raiser, GRuR 1973, 443 ff.; Sack, GRuR 1970, 489; Ott, Systemwandel im Wettbewerbsrecht, a.a.O., 425 ff.; Ulmer, P., Grenzen der Preisunterbietung im Pressewesen, AfP 1975, 885 ff. Vgl. aber oben, S.74 f.

hebt mithin die *wirtschaftspolitische Neutralität* des UWG¹⁾ auf und ändert das "antinomische Spannungsverhältnis" zum KG zugunsten "gegenseitiger Ergänzung und Konvergenz"²⁾.

§ 17. Mögliche Behinderungen Dritter durch Nachfragemacht

Vorbemerkung

Es ergibt sich aus dem Wortlaut des schweizerischen Kartellprivatrechts, dass verbotene Vorkehr *Behinderungen* Dritter beinhaltet³⁾. Deshalb soll an dieser Stelle auf die in Deutschland angelaufene Diskussion um die Frage, ob Ausbeutung bzw. Diskriminierung losgelöst von Behinderung auftrete, bloss hingewiesen werden⁴⁾. Sie steht denn auch ganz im Lichte der Abgrenzung des § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB zum allgemeinen Missbrauchstatbestand (GWB § 22) und führt (deswegen) zu einer Umschreibung der Behinderung, welche im Rahmen des schweizerischen Kartellgesetzes als viel zu eng erscheint⁵⁾.

1) Vgl. dazu oben, S.75 Fn. 1 .

2) Ulmer, Leistungsfremde Wettbewerbspraktiken, a.a.O., 224.

3) Vgl. KG Art. 4 Abs. 1; E Art. 6 Abs. 1.

4) Vgl. dazu ausführlich Köhler, ZHR, Beiheft 49, 72 ff.

5) Für den Tatbestand der unbilligen Behinderung (GWB § 26 Abs. 2 Satz 2) schlägt Köhler vor, "auf die Marktbeziehungen des betroffenen Unternehmens, das nicht notwendig Wettbewerber des Behindernden sein muss, zu dritten Unternehmen" (Köhler, ZHR, Beiheft 49, 74) abzustellen. Nach herrschender Lehre zu KG Art. 4 behindert bereits jede Beeinträchtigung der Planungs- und Entscheidungsfreiheit Dritte im Wettbewerb; vgl. nur Schluemp, WuR 1969, 203 ff., 207; BGE 94 II, 337. Abzustellen ist also nicht auf die "Beeinträchtigung der Wettbewerbschancen gegenüber andern Nachfragern oder Anbietern"; Köhler, ZHR, Beiheft 49, 74 (Hervorhebung vom Verfasser). Damit ist indessen weder über die *Erheblichkeit* noch über die *Zielrichtung* der Behinderung etwas ausgesagt.

I. Mögliche Formen der Behinderung Dritter durch Nachfragemacht

1. Die Diskriminierung Dritter

1.1 Zum Begriff der Diskriminierung

1.1.1 Das preistheoretische Verständnis

Die Preistheorie definiert Diskriminierung als Kosten-Preisdisparität¹⁾. Die meisten preistheoretischen Definitionen beziehen ihre Aussage auf *Einprodukteunternehmen*²⁾. Sie sprechen von Preisdiskriminierung, "when the same goods of the same quality are sold in the same terms, to different buyers and different prices"³⁾. Preisdiskriminierung im ökonomischen Sinne liegt demnach vor, wenn bei homogenen Transaktionen unterschiedliche Preise vorliegen.

In der Weiterentwicklung der Preistheorie sind die Betrachtungen auf die *Mehrprodukteunternehmen* ausgeweitet worden⁴⁾. Diskriminierung als Kosten-Preis-

-
- 1) Vgl. Machlup, F., Characteristics and Types of Price Discrimination, in: Business Concentration and Price Policy, Princeton 1955, 397 ff.
 - 2) Vgl. Mund, V.A., Government and Business, 4th Edition, New York/Evanston/London 1965, 90; Miller, J.P., Unfair Competition, Cambridge, Mass. 1941, 122. Die Analyse beschränkt sich auf homogene Güter.
 - 3) Wilcox, C., Public Policies Toward Business, Revised Edition, Homewood, Ill. 1960, 182.
 - 4) Vorerst liess man die Einschränkung der Definition auf homogene Güter fallen und nahm Variationen desselben Gutes in den Prämissenkranz auf. Vgl. dazu nur Bain, J.S., Price Theory, 2nd Printing, Science Editions Printing, New York 1967, 400. Bald aber erblickte man keinen wesentlichen Unterschied zwischen Einprodukteun-

disparität erscheint nicht mehr nur als das Fordern unterschiedlicher Preise ohne entsprechende Kostendifferenzen, sondern auch als das Fordern gleicher Preise bei unterschiedlichen Kosten (sog. verdeckte Diskriminierungen)¹⁾.

1.1.2 Das wettbewerbstheoretische Verständnis

Wettbewerbstheoretisch spricht man von Preisdiskriminierung, wenn Ungleichbehandlung in den Preisen vorliegt, ohne dass man die Kosten überprüft²⁾. Mithin können kostengerechte Preisdifferenzen - ökonomisch liegen also keine Diskriminierungen vor - rechtlich relevante Diskriminierung sein.

1.2 Arten der Diskriminierung durch Nachfragemacht

1.2.1 Direkte und indirekte Diskriminierung

Direkte Diskriminierungen sind Vorkehren, die von den Behinderern "aus eigenem Antrieb und in eigenem

ternehmen mit Produktvariation und dem Mehrprodukteunternehmen. Vgl. etwa Kahn, A.E., Economic and Legal Approaches to Antitrust. An Attempt to Clarify the Issues, in: Antitrust Bulletin, Vol. 2 (1957), 321; Penrose, E.T., The Theorie of the Growth of the Firm, Oxford 1966, 107 ff.

- 1) Zum erweiterten Definitionsumfang vgl. etwa Papandreou, A.G./Wheeler, J.T.: Competition and its Regulation, 2nd print, Englewood Cliffs, N.J., 101.
- 2) Vgl. Skiba, G., Preisdiskriminierung und Wettbewerbspolitik, Tübingen 1971, 31; Ewald, H., Diskriminierungsverbot und Nachfragemacht, BB 1973, 1184; Sack, GRuR 1975, 519.

Interesse vorgekehrt werden"¹⁾ (aktive Diskriminierung). *Indirekte* Diskriminierungen wirken auf Veranlassung des Urhebers mittelbar, d.h. durch einen Ausführer (passive Diskriminierung); innerhalb der Täterschaft finden sich zwei Funktionen - Veranlassung und Durchführung - vor²⁾.

Diskriminierungen durch marktmächtige Nachfrager sind *vielfach direkte*³⁾; sie beinhalten in der Regel⁴⁾ allerdings zugleich veranlasste Diskriminierung von Mitnachfragern⁵⁾. *Doch sind durchaus Fälle denkbar*, "in denen ein Nachfrager so stark ist, dass er in seinem Verhalten gegenüber seinen Lieferanten nicht diskriminierend zwischen marktstarken und schwächeren Fällen zu unterscheiden braucht. In solchen Fällen behandelt ein Nachfrager alle seine Lieferanten gleich, er lässt sich aber aufgrund seiner Marktmacht durch Einräumung von Sonderkonditionen von seinen Lieferanten anders behandeln als andere, die nicht so marktmächtig sind"⁶⁾.

-
- 1) Gut, Veranlassung und Ausführung wettbewerbsbeschränkender Vorkehren, a.a.O., 20.
 - 2) Gut, Veranlassung und Ausführung wettbewerbsbeschränkender Vorkehren, a.a.O., 22. Vgl. zum Begriff auch Benisch, Gemeinschaftskommentar, a.a.O., § 26 Abs. 2 N. 38; Reimann, WuW 1976, 549.
 - 3) Forderungen nach Preisnachlässen oder andern Zugeständnissen *von einem unter mehreren* Anbietern (durch den Nachfrager) bringen dem betreffenden Lieferanten (im Vergleich zu den übrigen Anbietern) eine Schlechterstellung. Vgl. als Beispiel etwa den Fall "Neckermann", BKartA, WuW 1976, 177. Vgl. zur direkten Diskriminierung durch Nachfrager auch Ewald, BB 1973, 1184; Sack, GRuR 1975, 519.
 - 4) Ausgenommen sind die Fälle des reinen Monopsons, bei dem sich der Nachfrager keinem Konkurrenten gegenübergestellt sieht.
 - 5) Dies tritt besonders deutlich zutage, wenn die Bevorzugung mit Ausschliesslichkeitsklauseln abgedeckt wird. Vgl. dazu etwa die Fälle des sog. Behinderungsmissbrauchs unten, S.94 f.
 - 6) Reimann, WuW 1976, 549.

1.2.2 Individuelle und systematische Diskriminierung

Die Lehre der "workable competition"¹⁾ geht vom ökonomischen Diskriminierungsbegriff aus. Sie unterscheidet individuelle und systematische Preisdiskriminierung²⁾. Danach sind *individuelle* Preisdiskriminierungen "unregelmässige und vereinzelte Preisnachlässe"³⁾. *Systematische* Diskriminierungen treten auf, wenn die Preise kartellähnlich erstarren⁴⁾, sie mithin "eine nachhaltige und dauernde, von der Preishöhe im Einzelfall tendenziell unabhängige Bevorzugung von Grossnachfragern zur Folge haben"⁵⁾.

1.3 Systematische direkte und indirekte Diskriminierung durch rückwärts integrierte Grossnachfrager

Der *nachfragemächtige Vertikalkonzern* verfügt über die Möglichkeit, durch "squeezing"⁶⁾ seine abhängigen Lieferanten und in der Folge auch seine Mitkonkurrenten systematisch zu diskriminieren⁷⁾.

1) Vgl. etwa Clark, J.M., Toward a Concept of Workable Competition, a.a.O., 241 ff. Vgl. weitere Nachweise unten, S.90 Fn. 3 .

2) Vgl. dazu eingehend Mestmäcker, E.-J., Diskriminierungen, Dirigismus und Wettbewerb, in: Recht und ökonomisches Gesetz, Baden-Baden 1978, 598 ff., 624.

3) Mestmäcker, Diskriminierungen, a.a.O., 624.

4) Vgl. Mestmäcker, ebenda.

5) Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a.a.O., N. 228.

6) Vgl. zur Politik des Squeezing, Bain, J.S., Industrial Organisation, 2nd Edition, New York/London/Sydney 1968, 362; Skiba, Preisdiskriminierung und Wettbewerbspolitik, a.a.O., 112 ff.

7) Der vertikal integrierte Grossnachfrager kann unter Hinweis auf die eigene Rohstoffquelle den abhängigen Lieferanten dazu bringen, ihn systematisch zu günstigeren Konditionen zu beliefern als seine Mitkonkurrenten.

1.4 Systematische indirekte Diskriminierung durch
Nachfrager bei beidseitiger Vermachtung des
Marktes

Oft einigen sich *marktstarke Anbieter und marktstarke Nachfrager* dahingehend, einander systematisch besondere Rabatte einzuräumen und diese solange weiterzugeben, bis die *Konkurrenten auf der Produzenten- und auf der Händlerstufe* vom Markt verdrängt sind¹⁾. Die Einigung im bargaining-prozess bewirkt, dass "Genossenschaften, Kaufhäuser oder Versandhäuser keine Grosshändler Rabatte erhalten, obwohl sie den Lieferanten die gleichen Ersparnisse ermöglichen wie belieferte Unternehmen gleicher Art. Hierher gehört schliesslich der Absatz von regelmässig als Markenware vertriebenen Gütern ohne Marke oder unter verschiedener Marke"²⁾.

Diese Tatbestände fallen kartell- (privat-)rechtlich in der Regel³⁾ sowohl als veranlasste Diskriminierung durch Nachfrager als auch als direkte (vertikale) Diskriminierung durch Anbieter in Betracht⁴⁾.

1) Vgl. dazu Keyes, L.S., Price Discrimination in Law and Economics, in: Southern Economic Journal, Vol. 27 (1960/61), 324.

2) Mestmäcker, Diskriminierungen, a.a.O., 627 f.

3) Dies nämlich immer, wenn Anbieter und Nachfrager über kartellrechtlich relevante Marktmacht verfügen (und überdies eine *gezielte* Vorkehr vorliegt).

4) Der schlechter behandelte Nachfrager kann dann sowohl auf Belieferung zu den Bedingungen des Grossnachfragers oder aber auf Beseitigung der Rabatte für den Nachfragemächtigen klagen. Im ersten Fall klagt er gegen den Anbieter. Im letzteren Fall richtet sich die Klage gegen den marktmächtigen Nachfrager und zielt auf Beseitigung der indirekten Vorkehr; vgl. dazu unten, S. 89 Fn. 3.

2. Die gleichmässig missbräuchliche Benachteiligung
Dritter

"Die Praxis hat gezeigt, dass Markteinfluss *nicht* nur zur *Diskriminierung* Dritter im Wettbewerb missbraucht werden kann, sondern dass Markteinfluss gegenüber Dritten unter Umständen *auch allgemein gleichmässig* missbraucht werden kann. Von einer Diskriminierung im engeren Sinne kann dabei nicht mehr die Rede sein, wohl aber kann festgestellt werden, dass Dritte gleichmässig in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs erheblich behindert werden sollen (Art. 6 Abs. 3 E)"¹⁾.

Namentlich Nachfrager können, wenn sie genügend stark sind, *alle Lieferanten gleich schlecht* behandeln; sie brauchen "nicht zwischen marktstarken und schwächeren Fällen zu unterscheiden"²⁾.

1) Begleitbericht, a.a.O., 35 (Hervorhebung vom Verfasser).

2) Reimann, WuW 1976, 549; vgl. auch Schluep, Ueber den Begriff der Nachfragemacht, a.a.O., 589 Fn. 95 c; derselbe, ZBJV 1979, 90 f. Es ist ohne weiteres denkbar, dass *gleichmässige* Ausbeutung von Lieferanten gleichzeitig indirekte *Diskriminierung* von Konkurrenten des Nachfragers beinhaltet. Vgl. dazu oben, S.82 .

II. Inhaltliche Gestaltungsmöglichkeiten der Behinderung durch Nachfragemacht

1. Die Ausbeutung

Ausbeutung ist primär ein *wertfreier ökonomischer Begriff*¹⁾. Er beinhaltet in der ökonomischen Theorie der Macht die Veränderungen des Aktionsparameters "subjektive Wertungen" des Schwächeren²⁾. Er sagt indes nichts aus über den Missbrauch von Nachfragemacht. *Ausbeutung* von Lieferanten kann gleichmässige Behinderung Dritter oder aber Diskriminierung sein³⁾ und hat in der Regel auch indirekte Diskriminierung von Mitnachfragern zur Folge. *Ausbeutung* umfasst das "Anzapfen" von Lieferanten⁴⁾ durch Nachfrager bzw. den "Nebenleistungswettbewerb" unter den "Angezapften"⁵⁾.

-
- 1) Vgl. Arndt, Mikroökonomie, Bd. 1, a.a.O., 217 ff.; Tolksdorf, Ruinöser Wettbewerb, 131 Fn. 60.
 - 2) Vgl. dazu oben, S.23ff. Dies stellt immer eine *Behinderung* (der Planungs- und Entscheidungsfreiheit) der Lieferanten dar. Vgl. dazu oben, S.79 Fn. 5.
 - 3) Anders indes Köhler, ZHR, Beiheft 49, 79, jedoch aus der Sicht des GWB.
 - 4) Unter "Anzapfen" versteht man "unter Druck durchgesetzte Forderungen nach zusätzlichen Leistungen ohne Gegenleistung, wie etwa Eintrittsgelder zur Anbahnung und Zahlungen zur Erhaltung oder Erweiterung der Geschäftsbeziehung, Leistungsgebühren, Investitionsbeiträge, Automationskostenbeteiligungen, Zuwendungen zu Jubiläen u.a., Ausgleich für Schäden und Umsatzausfall im eigenen Risikobereich, übersteigerte Werbegeschenke, Barzahlungen statt handelsüblicher Werbepräsentate"; Freiin von Friesen, DB, Beilage 6/1978 zu Heft 12/1978, 14. Diese Aufzählung entspricht Nr. 1 der Wettbewerbsregeln des Markenverbandes e.V.; vgl. dazu MA 1976, 702 ff. In diesem Zusammenhang sei auch auf das vom BMWi am 15.11.1974 veröffentlichte Sündenregister verwiesen; vgl. dazu WRP 1975, 25 ff.
 - 5) Als Nebenleistungswettbewerb bezeichnet man jede "Sonderleistung, welche nicht in einem direkten Zusam-

2. Die Absicherung der Gewährung bevorzugter Geschäftsbedingungen

Nachfrager können sich von ihren abhängigen Anbietern bevorzugte Geschäftsbedingungen einräumen lassen und zugleich Massnahmen treffen, um diese für sich allein zu sichern¹⁾. Diese Art der Behinderung ist allemal mit Ausbeutung gekoppelt²⁾. Sie kann in der Form der Diskriminierung oder auch in der gleichmässigen Behinderung aller Lieferanten auftreten und bewirkt in der Regel zugleich passive Diskriminierung von Mitnachfragern.

3. Die Geschäftsverweigerung

Nachfrager haben die Möglichkeit, schwache Lieferanten - etwa bei Nichtannahme der geforderten Bedingungen - mit einer *Bezugssperre* zu belegen und auf diese Weise deren Planungsfreiheit zu beeinträchtigen; sie praktizieren dann den Geschäftsstil des "all or none-bargaining"³⁾.

menhang mit dem Produkt und dem dafür geforderten Preis steht"; Promarca, Jahresbericht 1976, 11. Indes weist Loewenheim darauf hin, dass die Aufspaltung in Nebenleistung und Preis für eine Ware (aus ökonomischer Sicht) nicht statthaft ist; vielmehr seien Nebenleistungen *funktional* mit Preisnachlässen identisch; vgl. Loewenheim, U., "Eintrittsgelder" und Sittenwidrigkeit, GRuR 1976, 225 f.

- 1) Hierzu zählen insbesondere die Tatbestände des sog. Behinderungsmissbrauchs; vgl. dazu unten, S.94 f.
- 2) Indes beinhaltet nicht jeder Behinderungsmissbrauch auch Ausbeutungsmissbrauch; vgl. dazu unten, S.95.
- 3) Vgl. dazu Arndt, WuW (S) 1972, 4; derselbe, Marktmonopol und wirtschaftliche Macht, a.a.O., 113 f.; derselbe, Ökonomische Theorie der Macht, a.a.O., 123.

§ 18. Zur kartellrechtlichen Beurteilung der Ausübung
von Nachfragemacht

Vorbemerkung

Ich beurteile die Ausübung von Nachfragemacht auf dem Hintergrund der *Philosophie* des Kartellgesetzes¹⁾ und stütze mich dabei vorab auf das *Kartellprivatrecht*²⁾. Danach missbrauchen marktmächtige Nachfrager ihre Wettbewerbsfreiheit in der Regel³⁾ nur,

-
- 1) Vgl. dazu oben, S.54 ff. Möglich wäre allerdings auch, die (Beurteilung und) *Kontrolle* der Ausübung von Nachfragemacht, statt am *Wettbewerbsprinzip* vorzunehmen, der *Gegengewichtsmacht* zu überlassen. Dies fordern die Vertreter der Gegengewichtsthese. Sie gehen davon aus, Macht erzeuge aus sich heraus Gegenmacht; diese neutralisiere originäre Macht. Vgl. Galbraith, J.K., *Der amerikanische Kapitalismus im Gleichgewicht der Wirtschaftskräfte*, Stuttgart/Wien/Zürich 1956; Sölter, A., *Das Rabattkartell im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, DB 1977, 587 ff.; derselbe, *Nachfragemacht*, a.a.O., 47 ff.; derselbe, WRP 1977, 452 f. Neuerlich hat auch Schuhmacher, W. (*Nachfragemacht und Gegengewichtsprinzip*, ZHR 140 (1976), 346) die Meinung vertreten, Gegengewichtskartelle seien gerechtfertigt, wenn Nachfragemacht vorliegt und überdies die Notwendigkeit besteht, "ein dadurch bedingtes, unter Gesichtspunkten des Leistungswettbewerbs negativ bewertetes Markenergebnis zu korrigieren". Gegen die Theorie gegengewichtiger Machtbildung wird indes vorgebracht, sie führe letzten Endes zur totalen Vermachtung der Märkte und erfolge in der Regel zu Lasten Dritter. Vgl. dazu nur Sacker, *Die Genossenschaften im System des deutschen und europäischen Kartellrechts*, a.a.O., 209 ff.
- 2) Vgl. dazu oben, S. 54 f., 73. Das geltende Kartellprivatrecht setzt insbesondere *Diskriminierung* Dritter voraus (KG Art. 4).
- 3) Rechtfertigung ist aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls durchaus möglich (KG Art. 5). Dabei sind insbesondere die Konsumenteninteressen zu veranschlagen. Dies heisst aber nicht, Preisvorteile mit Konsumenteninteressen gleichzuschalten. Denn *kurzfristig* höhere Preise liegen möglicherweise im besseren Interesse der Konsumenten, wenn sie (dafür) eine erhöhte Sicherheit in der Versorgung in Aussicht stellen. Vgl. ebenso Richli, WuR 1978, 23. Vgl. dazu auch oben, S.61 f. Fn.4.

wenn sie gegen den *Leistungswettbewerb* verstossen. Doch nicht anders gestaltet sich die Beurteilung aus der Sicht des *Kartellverwaltungsrechts*¹⁾; dies jedenfalls, wenn - anders als die geltende Praxis²⁾ - auf die Philosophie des Kartellgesetzes abgestellt wird.

Das Verbot des Nichtleistungswettbewerbs für marktmächtige Nachfrager hat primär deren *Verhältnis zur gegenüberliegenden Marktseite* im Auge³⁾. Es beinhaltet:

I. Das Verbot des Ausbeutungsmissbrauchs

Vorbemerkung

Ausbeutungsmissbrauch liegt vor, wenn marktmächtige Nachfrager von ihren abhängigen Anbietern *übersetzte* Preiszugeständnisse abverlangen und diese dadurch im Wettbewerb behindern⁴⁾.

-
- 1) Es ist durchaus denkbar, dass die Kartellkommission auch Einzelfälle prüft; vgl. dazu VKK, Nachfragemacht, 1976, 88.
 - 2) Vgl. dazu Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, a.a.O., 306 ff.
 - 3) Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich denn auch auf das Verhältnis des marktmächtigen Nachfragers zu den Anbietern der gegenüberliegenden Marktseite. Es ist offensichtlich, dass - ausgenommen der Fall des reinen Monopsons - *gezielte Behinderungen gegenüberliegender Marktpartner* durch marktmächtige Nachfrager regelmässig zugleich *gezielte* passive Diskriminierung von Mitnachfragern beinhalten. Das KG verbietet auch *indirekte Vorkehren marktmächtiger Nachfrager*; vgl. dazu Schluep, Ueber den Begriff der Nachfragemacht, a.a.O., 589 Fn. 95 c. In der deutschen Lehre besteht allerdings Uneinigkeit darüber, ob passive Diskriminierung (von Nachfragern) *auch im Rahmen des § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB* rechtlich abgedeckt ist. Bejahend etwa die Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a.a.O., N. 216; ablehnend Benisch, Gemeinschaftskommen-tar, a.a.O., § 26 Abs. 2 N. 38. Im übrigen vgl. zum Meinungsstreit Köhler, ZHR, Beiheft 49, 80 ff., 91.
 - 4) Vgl. Frein von Friesen, DB, Beilage 6/1978 zu Heft 12/1978, 6, 11; Köhler, ZHR, Beiheft 49, 50.

Ausbeutungsmisbrauch ist, sofern Dritte behindert werden, *untersagt* (KG Art. 4). Denn dadurch kennzeichnen sich Forderungen nach *überhöhten* Zugeständnissen, dass ihnen "legitimate business reasons"¹⁾ fehlen, sie mithin bei normalem Wettbewerbsdruck objektiv *nicht* geboten wären³⁾. Schwierig gestaltet sich allerdings die Konkretisierung dieser Entscheidungsregel.

1. Zum Ausbeutungsmisbrauch in der Form der Diskriminierung

1.1 Ausbeutungsmisbrauch bei individueller Diskriminierung von Anbietern

Individuelle Diskriminierungen von Anbietern stellen - auch als Kosten-Preisdisparitäten - im Grundsatz erwünschte Bestandteile von Wettbewerbsprozessen dar³⁾. "Anzapfen" ist mithin grundsätzlich Ausdruck *funktio-*
*nierenden Geheimwettbewerbs*⁴⁾ im gesättigten Oligo-

1) Vgl. dazu Schluep, WuR 1969, 211, m.w.N.

2) Vgl. die von Schluep vorgeschlagene Formel zur Feststellung einer *gezielten* Vorkehr, oben, S. 73.

3) Vgl. Adelman, M.A., A+P, A Study in Price-Cost Behavior and Public Policy, Cambridge Mass. 1959, 154 ff.; Edwards, C.D., The Price Discrimination Law, Washington D.C. 1959, 639 ff.; Mestmäcker, Diskriminierungen, a. a.O., 624 ff.; derselbe, Probleme des Bestmöglichen in der Wettbewerbspolitik, in: Recht und Ökonomisches Gesetz, Baden-Baden 1978, 666 ff. vgl. weitere Literatur-nachweise oben, S.21 Fn. 1. Anders hingegen äussert sich die Preistheorie; vgl. dazu Mestmäcker, Probleme des Bestmöglichen, a.a.O., 666.

4) Vgl. zum Geheimwettbewerb Hoppmann, WuW 1966, 97.

pol¹⁾ und zeugt damit zugleich von funktionierendem Nachfragewettbewerb im Käufermarkt²⁾.

Individuelle Diskriminierungen von Anbietern können aber auch als Vehikel zur gezielten Ausnützung der marktbeherrschenden Stellung eines Nachfragers dienen³⁾. Ob indessen eine verbotene Vorkehr vorliegt, vermag der Kostentest allein nicht festzustellen. Dies ergibt sich schon aus der Möglichkeit, Gemeinkosten

-
- 1) Vgl. Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a.a.O., N. 84, N. 227; ebenso Mestmäcker, E.-J., Die Zukunft des Wettbewerbs, in: Recht und ökonomisches Gesetz, Baden-Baden 1978, 705 f. Die Vereinigten Staaten hingegen sehen im Anzapfen (als individuellem Preisnachlass) wettbewerbsbeschränkende Diskriminierung. Vgl. zur Praxis des FTC Roth, U.M., Das amerikanische Diskriminierungsverbot, in: Für und Wider ein allgemeines Diskriminierungsverbot, FIW-Schriftenreihe, Heft 74, Köln/Berlin/Bonn/München 1976, 122 ff.; Mestmäcker, Diskriminierungen, a.a.O., 615 ff. Zu diesem Schluss kommen die Amerikaner, indem sie das Diskriminierungsverbot formalisieren und auch individuellen Preisnachlässen die Vermutung, den Wettbewerb zu beschränken, anlasten; vgl. nochmals Mestmäcker, Diskriminierungen, a.a.O., 617 ff. Sie tun dies bewusst, um dem Zweck des Gesetzes, bestehende Absatzorganisationen zu erhalten, nachzuleben. Vgl. dazu Mestmäcker, Missbrauch der Nachfragemacht und ihre kartellrechtliche Kontrolle, a.a.O., 20. Im Resultat führt diese Praxis (in Verbindung mit dem Ausschluss rechtfertigender Kostenbegründungen) statt zur Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen zur Aufhebung des Wettbewerbs. Vgl. nochmals Mestmäcker, Missbrauch der Nachfragemacht und ihre kartellrechtliche Kontrolle, a.a.O., 19 f.
 - 2) Vgl. dazu oben, S. 62.
 - 3) Dann verfügen Nachfrager (weil der Nachfragewettbewerb nicht funktioniert), über Handlungsspielräume, welche ausreichen würden, auch dauerhafte und offene Preisprivilegierung bei ihren Zulieferanten durchzusetzen; (vgl. dazu unten, S. 93f.). Doch verzichten sie darauf; denn "wer einen Markt beherrscht, verschweigt dies im allgemeinen diskret, um die Kartellbehörden oder auch die Öffentlichkeit nicht auf sich aufmerksam zu machen"; Arndt, Ökonomische Theorie der Macht, a.a.O., 111.

und nicht zurechenbare Fixkosten beliebig aufzuteilen¹⁾. Darüber hinaus sind Kosten-Preisdisparitäten ja (oft) "auch bei normalem Wettbewerbsdruck objektiv geboten"^{2) 3)}. Dennoch kann der Kostentest im Zusammenhang mit bestimmten Begleitumständen Indizien für "legitimate business reasons" liefern⁴⁾. So liegt in der Regel keine gezielte Vorkehr vor, wenn ein marktstarker Nachfrager (als Folge grosser Auftragslose und zentraler Abnahme) überproportionale Rabatte zugestanden erhält, weil (bzw. insofern) diesen Preisnachlässen Reduktionen der direkt zurechenbaren Herstell- und Vertriebskosten gegenüberstehen⁵⁾. Nicht mehr aussagefähig ist hingegen der Hinweis des marktstarken Nachfragers, er ver helfe dem Lieferanten durch Zusatzaufträge zur Senkung der Gemeinkosten; denn diese sind ja beliebig aufteilbar.

1) Vgl. Edwards, C.D., Maintaining Competition, First Paperback Edition, New York/Toronto 1964, 98; eingehend Skiba, Preisdiskriminierung und Wettbewerbspolitik, a.a.O., 115 ff.

2) Schluep, WuR 1969, 213.

3) Vgl. oben, S.90 f.

4) Der Expertenbericht betreffend ein BG über Kartelle und ähnliche Organisationen von 1964 weist daraufhin, dass betriebswirtschaftliche Begründung Wettbewerbsbehinderungen vom Vorwurf gezielter Vorkehr befreien kann. Vgl. Vorarbeiten für ein Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, a.a.O., 19. Im Rahmen der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der unbilligen Behinderung bzw. sachlich ungerechtfertigten Ungleichbehandlung (GWB § 26 Abs. 2 Satz 2) sowie des Missbrauchtatbestands (GWB § 22) wird vorgeschlagen, Diskriminierungen durch Kostenbegründungen zu rechtfertigen; vgl. dazu Köhler, ZHR, Beiheft 49, 55.

5) Vgl. auch Köhler, ZHR, Beiheft 49, 55.

Ob individuelle Diskriminierungen von Lieferanten erlaubt sind oder in Missbrauch umschlagen, ist eine Frage des Masses. Die *ökonomische Theorie* vermag dazu *keine verlässlichen Anhaltspunkte* zu liefern. Vielmehr obliegt der Entscheid den *Wertungen des Richters* im Einzelfall.

1.2 Ausbeutungsmissbrauch bei systematischer Diskriminierung von Anbietern

*Diskriminieren Nachfrager Zulieferanten systematisch*¹⁾, liegt nach wohl herrschender Lehre *Missbrauch der Nachfragemacht* vor, auch wenn rechtfertigende Kostenüberlegungen vorgebracht werden²⁾. Weil systematische Diskriminierungen *nachhaltig und dauernd* sind, bewirken sie *erhebliche Behinderungen* von Zulieferanten. Ueberdies haben sie *"überwiegend die Unternehmensgrösse honorierende Vorzugsstellung zur Folge"*³⁾ und gelten mithin als (veranlasste⁴⁾) *gezielte Vorkehren marktmächtiger Nachfrager*⁵⁾.

Die deutsche Monopolkommission bezeichnet diese Fälle des Ausbeutungsmissbrauchs als *Preisstrukturmissbrauch*⁶⁾. "Die weitaus wichtigsten Beispiele für

1) Vgl. zum Begriff der systematischen Diskriminierung oben, S. 83.

2) Vgl. Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a.a.O., N. 205, N. 228; Mestmäcker, Missbrauch der Nachfragemacht und ihre kartellrechtliche Kontrolle, a.a.O., 21.

3) Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a.a.O., N. 205 (Hervorhebung vom Verfasser).

4) Die systematische Diskriminierung von Zulieferanten bewirkt in der Regel zugleich *verbotene indirekte Vorkehr*. Vgl. dazu oben, S. 89 Fn. 3.

5) Vgl. auch *Great Atlantic and Pacific Tea Co. Inc. v. US*. 67 F. Supp. 626 (1946).

6) Vgl. Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a.a.O., N. 205.

Preisdiskriminierung dieser Art sind Frachtgrundlagensysteme und vor allem Umsatzrabatte, die anhand der absoluten Höhe des Umsatzes in einem Referenzraum *ohne Rücksichten auf die Modalitäten der Belieferung im Einzelfall* gewährt werden"¹⁾.

2. Zum Ausbeutungsmissbrauch in der Form gleichmässiger Behinderung

Der Entwurf zu einem revidierten Kartellgesetz sieht vor, die gleichmässige Behinderung Dritter der Diskriminierung gleichzustellen (E Art. 6 Abs. 3)²⁾. Somit kann der ausgebeutete *Anbieter*, auch wenn er *nicht diskriminiert* ist, auf Feststellung, Beseitigung und Unterlassung der Behinderung klagen (E Art. 8)³⁾.

II. Das Verbot des Behinderungsmissbrauchs

Nach herrschender Lehre liegt auf Behinderung gerichtete Vorkehr vor, "wenn ein marktbeherrschender Nachfrager Sondervergünstigungen für sich erzwingt und gleichzeitig Massnahmen ergreift, um die Gewährung gleicher Vergünstigungen an Konkurrenten zu

1) Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a.a.O., N. 228 (Hervorhebung vom Verfasser).

2) Vgl. dazu auch den Begleitbericht, a.a.O., 35, 64; vgl. auch Schluep, ZBJV 1979, 90 f.

3) Der indirekt diskriminierte *Nachfrager* kann schon heute, unabhängig davon ob Diskriminierung oder gleichmässige Behinderung von Anbietern vorliegt, auf Beseitigung der Vorkehr klagen, vgl. dazu oben, S.89 Fn. 3.

verhindern"¹⁾. Dabei begründet *die Absicherung als solche* die gezielte Vorkehr; auf den Umfang des Vorteils kommt nichts an²⁾.

Die deutsche Lehre bezeichnet diese Fälle als *Behinderungsmissbrauch*³⁾. Beispiele von Behinderungsmissbrauch "sind die Forderungen der Exklusivität der Vergünstigungen, die Verbindung der Forderung nach hohen Vergünstigungen mit der Meistbegünstigungsklausel oder mit einer Benachteiligung von Konkurrenten"⁴⁾. Man begegnet ihnen vor allem im Handel⁵⁾; durchgesetzt wird die Forderung nach Exklusivität häufig mit dem Hinweis auf einen allfälligen Abbruch der Geschäftsbeziehungen⁶⁾.

Sofern die Vorteilsabsicherung die Anbieter gleichmässig behindert, mithin Diskriminierung fehlt, kann heute *nur der indirekt diskriminierte Nachfrager* auf Beseitigung der Vorkehr klagen⁷⁾.

-
- 1) Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a. a. O., N. 205; vgl. auch Freiin von Friesen, DB, Beilage 6/1978 zu Heft 12/1978, 10.
 - 2) An sich zulässige Rabattforderungen marktmächtiger Nachfrager werden unter diesen Umständen verboten.
 - 3) Vgl. nochmals Freiin von Friesen, DB, Beilage 6/1978 zu Heft 12/1978, 6, 10; Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a. a. O., N. 205.
 - 4) Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a. a. O., N. 205.
 - 5) Vgl. WuW/E BKartA, 1583 ff. ("Metro-Fall"). Bei den industriellen Nachfragern (z.B. Automobilindustrie) fehlt es an der Erfüllung des Missbrauchstatbestands, da die Zulieferanten in der Regel ihre Produktion auf die Anforderungen eines spezifischen Nachfragers ausgerichtet haben und eine zusätzliche Absicherung des Nachfragers gegen Belieferung anderer Abnehmer somit überflüssig wird. Vgl. dazu Freiin von Friesen, DB, Beilage 6/1978 zu Heft 12/1978, 10; Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht, a. a. O., N. 50, 132 ff.
 - 6) Vgl. Köhler, ZHR, Beiheft 49, 83.
 - 7) Vgl. auch Schluep, Ueber den Begriff der Nachfragemacht, a. a. O., 589 Fn. 95 c.

III. Das Verbot gezielter Geschäftsverweigerung und die Bezugspflicht des marktmächtigen Nachfragers

Vorbemerkung

Das Urteil auf Beseitigung gegenwärtiger bzw. Unterlassung zukünftiger Vorkehren stellt für den benachteiligten Dritten rechtliche, *nicht aber wirtschaftliche* Chancengleichheit her. Wohl können bestehende Verträge ungültig erklärt und schon abgewickelte Geschäfte real (oder allenfalls als Ersatzforderung) "zurückgewickelt" werden¹⁾. Doch immer bleibt der Nachfrager frei, künftig dort einzukaufen, wo es ihm beliebt; er wird mithin die *Geschäftsbeziehungen mit dem klagenden Lieferanten abbrechen*²⁾. Diesem Zustand könnte ein Kontrahierungsgebot für den marktmächtigen Nachfrager ein Ende setzen. Der diskriminierte Anbieter klagte dann auf Abnahme zu *Normalbedingungen*. Liegt gleichmässige Behinderung der Anbieter vor, forderten diese allenfalls³⁾ Abnahme zum *wettbewerbsanalogen* Preis. Diskriminierte Nachfrager verlangten Schlechterstellung des Grossnachfragers oder Belieferung zu den Bedingungen des nachfragemächtigen Konkurrenten, sofern auch der Anbieter über Marktmacht verfügt.

1) Vgl. KG Art. 6; E Art. 8, Art. 9 Abs. 1 lit. d.

2) Vgl. auch VKK, Nachfragemacht, 1976, 88; Schluiep, Ueber den Begriff der Nachfragemacht, a.a.O., 590 Fn. 95 e.

3) Dies gilt nur für den Fall, dass das Kartellgesetz (auch) gleichmässige Behinderung untersagt; vgl. E Art. 6 Abs. 3.

1. Die Lösung im schweizerischen Kartellrecht

Das *geltende Kartellrecht* sieht weder eine Lieferpflicht noch eine Bezugspflicht für marktbeherrschende Unternehmen vor. Indes ist es wohl herrschende Auffassung¹⁾, dass sich das *Verbot gezielter Vorkehren* im Rahmen der Geschäftsverweigerung durch marktmächtige Anbieter zur Belieferungspflicht verdichtet²⁾.

Der Entwurf zu einem revidierten Kartellgesetz verankert diese Praxis. Darüberhinaus sieht er die Möglichkeit der Anordnung einer *relativen*³⁾ Bezugspflicht für marktstarke Nachfrager vor (E Art. 9 Abs. 1 lit. c).

2. Zur Ablehnung absoluter Bezugspflichten

Wettbewerbspolitische Massnahmen müssen *systemkonform* sein, mithin der Natur des Wettbewerbs entsprechen⁴⁾. Es liegt in der Natur des Wettbewerbs, strukturelle Ueberkapazitäten über Redimensionierung abzubauen⁵⁾; das *Investitionsrisiko* ist dabei (als Kern des Unternehmerrisikos) vom Investor zu tragen⁶⁾. Es geht mithin nicht an, dieses anderen Marktteilnehmern aufzu-

1) Vgl. Homburger, E., Kartellgesetz und Unternehmenszusammenschlüsse, SJZ 1972, 153; Schürmann, Kommentar, a.a.O., 73 f.; umfassend Schluep, WuR 1969, 208 ff.; Weibel, H., Die Kontrahierungsschuld im privaten Kartellrecht der Schweiz, Diss. Bern, 1971.

2) Nicht jede Geschäftsverweigerung durch einen marktmächtigen Anbieter führt zur Lieferpflicht, sondern nur die *gezielte* Geschäftsverweigerung; vgl. dazu Schluep, WuR 1969, 202 ff.

3) Vgl. dazu unten, S.98 Fn.2.

4) Vgl. Schluep, ZSR 1978 I, 335 ff.

5) Vgl. nur Arndt, Mikroökonomie, Bd. II, a.a.O., 61 ff.

6) Vgl. Mestmäcker, Die Zukunft des Wettbewerbs, a.a.O., 695 ff.; derselbe, Missbrauch der Nachfragemacht und ihre kartellrechtliche Kontrolle, a.a.O., 19 f.

bürden, auch wenn es den wirtschaftspolitischen Zielen dienlich wäre¹⁾. So dürfen - jedenfalls aus wettbewerbspolitischer Sicht - *Investitionsrisiken von Lieferanten nicht auf marktstarke Nachfrager abgewälzt werden*. Genau dahin aber führt die Einführung einer *absoluten*²⁾ Bezugspflicht für marktstarke Nachfrager. *Das Investitionsrisiko des Zulieferanten verschiebt sich zum Absatzrisiko des Nachfragers*; dieser wird angehalten, die Lager zu füllen, obwohl seine Absatzmöglichkeiten durchaus nicht abschätzbar sind³⁾.

§ 19. Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Ausübung von Nachfragemacht

Aus funktionaler Sicht im Wirtschaftsrecht ist unlauter alles, was gegen den Leistungswettbewerb verstösst; unlauter wird insbesondere auch *geschäftsmoralisch sauberes Verhalten*, sofern dieses auf Behinderung angelegt ist und Dritte im Wettbewerb auch tatsächlich beschränkt⁴⁾. Es ist mithin denkbar, *machtbedingte Wettbewerbsverfälschungen durch Nachfrager auch im Vorfeld relevanter Marktmacht* (d.h. bei rein individueller Abhängigkeit), rechtlich zu erfassen. Zugleich ist auch die Möglichkeit gegeben,

1) Vgl. nochmals Mestmäcker, Die Zukunft des Wettbewerbs, a.a.O., 696.

2) E Art. 9 Abs. 1 lit. c sieht keine *absolute* Bezugspflicht für marktstarke Nachfrager vor; vielmehr darf der Richter nur anordnen, dass "*geschäftszübliche Verträge*" abgeschlossen werden; mithin kann der Nachfrager die Uebernahme von Investitionsrisiken der Lieferanten ablehnen.

3) Einer *absoluten* Bezugspflicht *skeptisch* gegenüber äussern sich Köhler, ZHR, Beiheft 49, 58; Schluep, Ueber den Begriff der Nachfragemacht, a.a.O., 590 Fn.95 e; derselbe, ZBJV 1979, 93; VKK, Nachfragemacht, 1976, 88.

4) Vgl. dazu oben, S. 69 ff.

insofern das "Ob" des Wettbewerbs durch das "Wie" des Wettbewerbs gefährdet wird, *neben dem Kartellgesetz auch das UWG einzusetzen*¹⁾.

Die Grundlage des Unwerturteils im UWG fällt (zumindest teilweise) mit derjenigen des Kartellgesetzes zusammen²⁾. Für den Einsatz des UWG zur Kontrolle des Missbrauchs durch Nachfragemacht (sowie zur Missbrauchskontrolle bei rein individueller Abhängigkeit von Anbietern³⁾) gilt deshalb der Grundsatz⁴⁾: *Die Ausübung von Nachfragemacht bewegt sich lauterkeitsrechtlich* (abgesehen von geschäftsmoralisch anstössigem Verhalten) *in der "weissen" Zone, sofern sie (auch) kartellrechtlich zulässig ist*⁵⁾. Anzapfen braucht also nicht gegen die Geschäftsmoral zu verstossen, um als unlauterer Wettbewerb verboten zu werden⁶⁾. Andererseits geht es nicht an,

1) Vgl. dazu Sack, GRuR 1975, 301, m.w.N.

2) Vgl. nochmals oben, S. 69 ff.

3) Vgl. aber S. 99 Fn. 5.

4) Vgl. aber unten, S.102.

5) Damit wird für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung der Ausübung von *Nachfragemacht* grundsätzlich auf das KG abgestellt. Es geht mithin nicht an, das KG auf dem Umweg über das UWG zu überholen; vgl. ebenso Loewenheim, GRuR 1976, 227; Köhler, ZHR, Beiheft 49, 23; Schmidhauser, B./Richli, P., Wirtschaftspolitische Uebungen am untauglichen Objekt, NZZ Nr. 23/1979, 17 f. Was kartellrechtlich als *Behinderungsmissbrauch* verboten ist, das geht indes *ohne Marktmacht* - also bei *rein individueller Abhängigkeit* - durchaus an. Dies leuchtet auch ein; denn die Exklusivität von Forderungen vermag bei *rein individueller Abhängigkeit* die Mitnachfrager nicht zu behindern, weil der Nachfragewettbewerb funktioniert.

6) Vgl. Sack, WRP 1975, 261 ff. mit zahlreichen Nachweisen; vgl. auch BGH, WuW/E BGH 1466 ff. ("Eintrittsgelder"); OLG, Frankfurt, WuW 1589 ff. ("Eintrittsgelder"). Köhler hingegen sieht im Anzapfen einen Verstoß gegen die Geschäftsmoral. Vgl. Köhler, ZHR, Beiheft 49, 30 ff.

"Abweichungen von der (wie auch immer definierten) wirtschaftlichen Vernunft als unlauter zu qualifizieren, wenn einzel- oder gesamtwirtschaftlich unerwünschte Folgen eintreten"¹⁾.

-
- 1) Schluep, *Prix et marques d'appel en droit comparé*, a.a.O., 81. Abzustellen ist einzig auf den Leistungswettbewerb. Dieser aber ist keineswegs mit (bestimmten) Vorstellungen über erwünschte Wettbewerbsstrukturen gleichzusetzen; vgl. dazu oben, S.70 f. Zurückzuweisen sind deshalb Vorschläge, welche tradierte Strukturen fortschreiben und als wettbewerbsbeschränkend und sachlich ungerechtfertigt alles verbieten, was davon abweicht; vgl. ebenso die Monopolkommission, *Missbräuche der Nachfragemacht*, a.a.O., N. 79, N. 244. Hierzu zählen die Vorstellungen über eine *Allgemeinverbindlichkeit* von Wettbewerbsregeln, sei es über GWB § 28 oder über die Rechtsprechung zur Generalklausel des UWG; vgl. etwa Frelin von Friesen, DB, Beilage 6/1978 zu Heft 12/1978, 17 ff. m.w.N. Auch der Ansatz Köhlers, Anzapfen auf dem Umweg über die *Geschäftsmoral* generell zu verbieten, ist systemwidrig; vgl. Köhler, ZHR, Beiheft 49, 32.

Was Nachfragemacht ist, vermag Arndts ökonomische Theorie der Macht - nicht aber die Preistheorie - aufzuzeigen. Ob aber Nachfragemacht massgeblichen Markteinfluss bzw. Marktmacht aufweist, bleibt eine Wertungs- weil Rechtsfrage¹⁾. Aus *schweizerischer Sicht* gilt im Kartellrecht der Grundsatz: "*Nachfragemacht ist Marktmacht*"²⁾; bloss *individuelle* Abhängigkeiten können nicht Ausfluss von Marktmacht sein. Dem steht die Auffassung *Arndts* entgegen; er interpretiert die Nachfragemacht als marktirrelevante *Beherrschungs-Abhängigkeits-Verhältnisse*.

Nachfragemacht beschränkt in der Regel funktionierenden Nachfragewettbewerb (im Käufermarkt). Deshalb verbietet ein wettbewerbsorientiertes Kartellrecht die Entstehung von Nachfragemacht, ausgenommen Nachfragemacht trage zum Funktionieren des Nachfragewettbewerbs bei oder stehe (trotz Beschränkung des Wettbewerbs) im Gesamtinteresse. Dies trifft für die Bildung von *Einkaufsabsprachen* unter Nachfragern kaum zu. Die Gründung von *Einkaufsgemeinschaften* unter Nachfragern indes kann durchaus einen Beitrag zum Funktionieren des Nachfragewettbewerbs leisten oder offeriert (bei wettbewerbsbeschränkender Wirkung) zumindest eine Alternative zur Vollkonzentration.

Wird die Bildung wettbewerbsbeschränkender Nachfragemacht zugelassen, verbleibt dem Kartellrecht die Missbrauchskontrolle. Gemäss den bei der (kartellrechtlichen) Missbrauchskontrolle anzuwendenden Regeln missbrauchen Nachfrager ihre Macht nur,

1) Diese Frage stellt sich allerdings nur im Rahmen des Art. 3 KG; denn *Kartelle* brauchen den Markt nicht massgeblich zu beeinflussen, Eignung zur Beeinflussung genügt (KG Art. 2).

2) Schluep, Ueber den Begriff der Nachfragemacht, a.a.O., 581.

falls sie *Behinderungs- oder Ausbeutungsmissbrauch* (insbesondere *Preisstrukturmissbrauch*) betreiben. Die *kartellrechtliche* Missbrauchskontrolle verbietet mithin bloss, was gegen den *Leistungswettbewerb* verstösst. Deshalb stellt sich die Frage, ob ein *erweitertes* Behinderungsverbot auf dem Umweg über *UWG Art. 1 Abs. 1* errichtet werden kann. In der Tat ist der Verbotsinhalt der *Generalklausel* im Zusammenhang mit den *Vermachtungstendenzen* auf den heutigen Märkten erweitert worden. Danach kann geschäftsmoralisch durchaus sauberes Verhalten von Nachfragern (mit oder ohne Marktmacht) unlauter werden. Immerhin fordert die funktionale Sicht im Wirtschaftsrecht *systemkonforme Auslegung* der Generalklausel; also ist *nur, aber zugleich alles* unlauter, was gegen den *Leistungswettbewerb* verstösst. Dies bringt mit sich, dass *Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch durch Nachfragemacht als unlauterer Wettbewerb* gelten, auch wenn sie in der Form der *gleichmässigen Behinderung Dritter* auftreten und als solche heute *kartellprivatrechtlich nicht zur verbotenen Vorkehr* werden.

Es wird heute diskutiert, ob die Missbrauchskontrolle allenfalls eine *Bezugspflicht* für den marktmächtigen Nachfrager beinhalte. Die Anordnung *absoluter* Bezugspflichten ist (aus *wettbewerbstheoretischen Ueberlegungen*) abzulehnen, denn sie ist *systemfremd*.

Anhang

I. Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für civilistische Praxis (Tübingen)
AfP	Archiv für Presserecht (Bad-Godesberg)
BB	Der Betriebs-Berater (Heidelberg)
EGE	Entscheidungen des schweizeri- schen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof (Bundesrepublik Deutschland)
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt (Berlin)
BMWi	Bundeswirtschaftsministerium (Bundesrepublik Deutschland)
BV	Bundesverfassung der schweizeri- schen Eidgenossenschaft vom 29.4.1874
DB	Der Betrieb (Düsseldorf)
E	Gesetzesentwurf der Experten- kommission betreffend die Revi- sion des BG über Kartelle und ähnliche Organisationen, November 1978
FIW	Forschungsinstitut für Wirt- schaftsverfassung und Wettbe- werb (Köln)
FTC	Federal Trade Commission
GRuR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Weinheim)
GRuR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (Weinheim)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbe- schränkungen vom 26. Juli 1957 (Bundesrepublik Deutschland)

HdSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (Stuttgart/Tübingen/Göttingen)
KG	Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20.12.1962 (Schweiz)
LZ	Lebensmittelzeitung
MA	Der Markenartikel (München)
m.w.N.	Mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/Frankfurt a.M.)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OLG	Oberlandesgericht (Bundesrepublik Deutschland)
PbK	Preisbildungskommission des eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes
RPA	Robinson-Patman Act von 1936 (U.S.)
SAZ	Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30.9.1943 (Schweiz) sowie das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19.6.1909 (Bundesrepublik Deutschland)
VKK	Veröffentlichungen der schweizerischen Kartellkommission
WRP	Wirtschaft in Recht und Praxis (Frankfurt a.M.)
WuR	Wirtschaft und Recht (Bern)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Düsseldorf)
WuW/E	Entscheidungen publiziert in WuW

WuW (S)	Sonderdruck WuW
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetz- buch vom 10.12.1907
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschafts- recht (Stuttgart)
ZSR	Zeitschrift für schweize- risches Recht (Zürich)

II. Literaturverzeichnis

Weitere Literaturhinweise finden sich in den Fussnoten.

ADELMANN, M.A., A+P, A Study in Prince-lost Behavior and Public Policy, Cambridge Mass. 1959.

ALLEMANN, H., Kartellgesetz und marktmächtige Unternehmungen, WuR 1965, 213 ff.

ANGEHRN, O., Nachfragemacht von Handelsunternehmen als Problem der Wettbewerbsgestaltung, WuR 1973, 227 ff.

ARNDT, H., Mikroökonomische Theorie, Bd. 1 und Bd. 2, Tübingen 1966.

- Marktmonopol und wirtschaftliche Macht, in: Recht, Macht und Wirtschaft, Berlin 1968, 101 ff.
- Ökonomische Theorie der Macht, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. 1, zweite, völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin 1971, 99 ff.
- Marktmacht auf der Nachfrageseite, WuW (Sonderdruck) 1972, 1 ff.
- Nachfragemacht: Ideologie oder Realität?, WuW 1974, 462 ff.
- Macht der Nachfrage, MA 1975, 6 ff.

BAIN, J.S., Price Theory, 2nd Printing, Science Editions Printing, New York 1967.

BAUDENBACHER, C., Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, Diss. Zürich 1978.

BAUR, J.F., Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb", ZHR 134 (1970), 97 ff.

- Genossenschaften und Kartellrecht, in: Genossenschaften-Demokratie und Wettbewerb, Tübingen 1972, 497 ff.
- Der Missbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen 1972.
- Wettbewerbsregeln und Aussenseiter, ZHR 141 (1977), 293 ff.

BECKMANN, P., Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1968.

BEIKE, R., Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsverbote nach der Kartellgesetznovelle, ZHR 138 (1973), 225 ff.

- BENISCH, W., Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs, WuW 1960, 842 ff.
- Kooperationsfibel, 4. Auflage, Bergisch-Gladbach 1973.
 - Die kartellfreie Kooperation nach GWB-Novelle 1973, WuW 1974, 69 ff.
 - Gemeinschaftskommentar, 3. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1976.
 - Bestimmung der Marktstellung bei Nachfragern, WuW 1977, 619 ff.
- BOEHM, F., Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933.
- BORCHARDT, K./FIKENTSCHER, W., Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeherrschung, Stuttgart 1957.
- VON BUEREN, B., Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Zürich 1957 (zit. Kommentar UWG).
- CARELL, E., Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 13. Auflage, Heidelberg 1968.
- CENTONZE, E., Die Versorgungsstruktur des Einzelhandels in regionaler Hinsicht, Diss. St. Gallen 1978.
- CLARK, J.M., Studies in the Economies of Overhead Costs, Chicago 1923.
- Toward a Concept of Workable Competition, The American Economic Review, Bd. XXX, 1940, 241 ff.
 - Competition as a Dynamic Process, Washington D.C. 1961.
- DROHLSHAMMER, J.I., Marktmächtige Unternehmen im Kartellgesetz, Diss. Zürich 1975.
- EDWARDS, C.D., Maintaining Competition, New York/Toronto 1949.
- The Price Discrimination Law, Washington D.C. 1959.
- EMMERICH, V., Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München 1976.
- EUCKEN, W., Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Bern/Tübingen 1952.
- EWALD, H., Sind Einkaufsgemeinschaften Kartelle?, WuW 1956, 253 ff.
- Diskriminierungsverbot und Nachfragemacht, BB 1973, 1182 ff.

- FIKENTSCHER, W., Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München/Berlin 1958.
- Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1960, 680 ff.
 - Zu Begriff und Funktions des "gemeinsamen Zwecks" im Gesellschafts- und Kartellrecht, in: Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe 1974, 87 ff.
- FREHNER, E., Wandlungen im Einzelhandel, in: Vielfalt der Wirtschaftspolitik, Festgabe für Richard Büchner, Zürich 1969, 197 ff.
- FREIIN VON FRIESEN, J., Probleme der Nachfragemacht und Möglichkeiten einer effektiven Kontrolle, DB, Beilage 6/78 zu Heft 12/78.
- FREITAG, K.P., Der Leistungswettbewerb als rechtliche Denkfigur, Diss. Göttingen 1968.
- FROELICHER, K., Die Kartellkommission und der Wettbewerb, WuR 1968, 240 ff.
- GABRIEL, S.L., Genossenschaften und Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. 2, zweite, völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin 1971, 483 ff.
- GALBRAITH, J.K., Der amerikanische Kapitalismus im Gleichgewicht der Wirtschaftskräfte, Stuttgart/Wien/Zürich 1956.
- GEISBUESCH, H.G., Die organisierte Nachfrage. Organisation und Strategie marktbeeinflussender oder marktbeherrschender Nachfrager, FIW-Schriftenreihe, Heft 18, Köln/Berlin/Bonn/München 1964.
- GERMANN, O., Zur Rechtsfindung im Wettbewerbsrecht, ZBJV 1936, 49 ff.
- Zur Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes, SJZ 1944, 285 ff.
 - Concurrence déloyale, Unlauterer Wettbewerb, Concorrenza sleale, Zürich 1945, (zit. Kommentar UWG).
 - Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bern 1950.
 - Vergleichende Reklame, WuR 1954, 259 ff.
 - Die Bona Fides als Grundlage des Wettbewerbsrechts, in: Aequitas und Bona Fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, Basel 1955, 71 ff.
 - Zum Leistungsprinzip im Wettbewerbsrecht, WuR 1968, 143 ff.

- GUENTHER, E., Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetzentwurf, MA 1958, 35 ff.
- Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Karlsruhe 1960.
- GUT, H., Veranlassung und Ausführung wettbewerbsbehindernder Vorkehren. Ihre Erfassung durch das Kartellgesetz, Diss. Zürich 1973.
- GYGI, F./SCHLUEP, W.R., Schweizerisches Wirtschaftsrecht, in: Gerd Rinck, Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechtes, Frankfurt a.M./Berlin 1971, 87 ff.
- HAMM, W., Die Bedeutung des leistungsgerechten Wettbewerbs im Rahmen der Wettbewerbsregeln, WuW 1975, 115 ff.
- HEFERMEHL, W., Unternehmenszusammenschlüsse in kartellrechtlicher Sicht, GRuR 1966, 561 ff.
- Zur Anwendung des § 26 Abs. 2 auf selektive Vertriebssysteme, GRuR 1975, 275 ff.
- HOENN, G., Wettbewerbsregeln und die Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs, GRuR 1977, 141 ff.
- HOMBURGER, E., Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei der Anwendung des Kartellgesetzes, ZSR 1970 II, 1 ff.
- Kartellgesetz und Unternehmungszusammenschlüsse, SJZ 1972, 153 ff.
- HOPPMANN, E., Preismeldestellen und Wettbewerb, WuW 1966, 97 ff.
- Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Theodor Wessels zum 65. Geburtstag, Berlin 1967 145 ff.
 - Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, N.F. Bd. 48, Berlin 1968, 9 ff.
 - Die sogenannten Bagatellkartelle der "neuen Wettbewerbspolitik", DB 1970, 93 ff.
 - Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts, in: Normen-zwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1971.
 - Fusionskontrolle, Tübingen 1972.
 - Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmung, Baden-Baden 1974.

JAEGGI, Y., Le phénomène de la concentration dans le secteur de la distribution, Lausanne 1970.

KAHN, A.E., Economic and Legal Approaches to Antitrust: An Attempt to Clarify the Issues, in: Antitrust Bulletin, Vol. 2 (1957), 267 ff.

KANTZENBACH, E., Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Göttingen 1966.

- Wirtschaftliche Ursachen und Auswirkungen der Nachfragemacht, in: Bericht des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Verkehr über den Wettbewerbskongress, München 1977, 125 ff.

KARTTE, W., Der Schutz des Leistungswettbewerbs im Kartellrecht, WRP 1976, 1 ff.

- Was ist denn nun Nachfragemacht?, LZ-Gespräch mit dem Präsidenten des Bundeskartellamtes, Lebensmittelzeitung Nr. 34, 1976, 7 ff.

KARTELLKOMMISSION, Die Nachfragemacht und deren Missbrauch, VKK 1976, 61 ff. (zit. Nachfragemacht).

- Die Bedeutung der AMIDRO als Einkaufszentrale für Drogerien, VKK 1976, 121 ff. (zit. AMIDRO-Gutachten).
- Die Konzentration im Lebensmitteldetailhandel, VKK 1979, 217 ff.

KEYES, L.S., Price Discrimination in Law and Economics, in: Southern Economic Journal, Vol. XXVII (1960/61), 320 ff.

KOEHLER, H., Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager. Eine Untersuchung zu den kartellrechtlichen Grenzen der Kooperation im Einkauf, München 1977.

- Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, ZHR, Beiheft 49, Heidelberg 1979.

KOHLER, J., Der unlautere Wettbewerb, Berlin 1914.

KOLLER, A., Die Rechtsprechung zum Kartellgesetz, in: Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, 97 ff.

- Die Konzeption des Möglichen Wettbewerbs. Auslegungshilfe des Kartellgesetzes, WuR 1970, 149 ff.
- Von der Rechtfertigung der Kartellordnung und der Vorkehren zu ihrer Durchsetzung, SAZ 1978, 59 ff.

KNOEPFLE, R., Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, Köln/Berlin/Bonn/München 1966.

- KUMMER, M., Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Bern 1960.
- Der Begriff des Kartells, Bern 1966.
 - Die "Erheblichkeit" der Wettbewerbsbehinderung (KG Art. 4) nach der Praxis des Bundesgerichtes, in: *Mélanges en l'honneur de Henri Déschenaux*, Fribourg 1977, 543 ff.
- LEHMANN, M., Wirtschaftspolitische Kriterien in § 1 UWG, Mitarbeiterfestschrift für Eugen Ulmer, Köln/Berlin/Bonn/München 1973, 321 ff.
- LOEWENHEIM, U., "Eintrittsgelder" und Sittenwidrigkeit, GRUR 1976, 224 ff.
- LUKES, R., Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechtes, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965, 199 ff.
- MACHLUP, F., Characteristics and Types of Price Discrimination, in: *Business Concentration and Price Policy*, Princeton 1955, 397 ff.
- MAHLMANN, W., Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung, Diss. Münster 1970.
- MATILE, J., Problèmes en droit Suisse des cartels, ZSR 1970 II, 159 ff.
- MATTER, E., Zur Generalklausel im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, ZBJV 1951, 449 ff.
- MEYER-HAYOZ, A., Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I/1, Einleitungsband, Art. 1 ZGB, Bern 1962.
- MERZ, H., Das schweizerische Kartellgesetz, Bern 1967.
- Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I/1, Einleitungsband, Art. 2 ZGB, Bern 1962 (zit.: Art. 2 ZGB).
- MESTMAECKER, E.-J., Das beherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1959.
- Missbrauch der Nachfragemacht und Möglichkeiten ihrer kartellrechtlichen Kontrolle, in: *Schwerpunkte des Kartellrechts 76/77*, FIW-Schriftenreihe, Heft 81, Köln/Berlin/Bonn/München 1978, 15 ff.
 - Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, in: *Recht und ökonomisches Gesetz*, Baden-Baden 1978, 510 ff.

- Diskriminierungen, Dirigismus und Wettbewerb, in: Recht und Ökonomisches Gesetz, Baden-Baden 1978, 598 ff.
 - Probleme des Bestmöglichen in der Wettbewerbspolitik, in: Recht und Ökonomisches Gesetz, Baden-Baden 1978, 653 ff.
 - Die Zukunft des Wettbewerbs, in: Recht und Ökonomisches Gesetz, Baden-Baden 1978, 689 ff.
- MILLER, J.P., Unfair Competition, Cambridge Mass. 1941.
- MONOPOLKOMMISSION, Missbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Sondergutachten 7, Baden-Baden 1977.
- MUND, V.A., Government and Business, 4th Edition, New York/Evanston/London 1965.
- NIEDERHAUSER, M., Missbrauch der Marktmacht und Rechtsmissbrauch, Diss. Bern 1978.
- NIPPERDEY, H.C., Wettbewerb und Existenzvernichtung, Berlin 1930.
- OHM, H., Die Definition des Leistungswettbewerbs und ihre Verwendungsfähigkeit für die praktische Wirtschaftspolitik, in: Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, N.F. Bd. 18, Berlin 1960, 239 ff.
- OTT, C., Systemwandel im Wettbewerbsrecht. Die Generalklausel des § 1 UWG und ihre Rückwirkungen auf Rechtssprechung und Dogmatik, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, 403 ff.
- PICKEL, W., Anmerkung zu BGH WuW/E BGH 1089, ("Tennisbälle"), WuW/E BGH, 1095 ff.
- PREISBILDUNGSKOMMISSION, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, Bern 1957.
- PURTSCHERT, J., Der Schutz des unmittelbaren Ergebnisses einer Arbeits- oder Unternehmensleistung, Diss. Fribourg 1974.
- RAISER, L., Marktbezogene Unlauterkeit, GRuR Int. 1973, 443 ff.
- REIMANN, TH., Missbrauchsaufsicht und Diskriminierungsverbot bei Nachfragern, WuW 1976, 541 ff.

- RICHLI, P., Nachfragemacht und Angebotsmacht - Gemeinsamkeiten und Unterschiede, WuR 1978, 1 ff.
- RIESENKAMPFF, A./SAUER, ST., Zum Diskriminierungsverbot des § 26, Abs. 2 Satz 2 GWB, DB 1975, 72 ff.
- RINCK, G., Wirtschaftsrecht, Wirtschaftsverwaltungs-, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 4. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1974.
- ROEPKE, W., Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart, Erlenbach-Zürich 1942.
- SACK, R., Sittenwidrigkeit, Sozialwidrigkeit und Interessenabwägung, GRuR 1970, 493 ff.
- Wettbewerbsverzerrungen durch "Anzapfen", WRP 1975, 261 ff.
 - Lauterer und leistungsgerechter Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln, GRuR 1975, 295 ff.
 - Zum erweiterten Adressatenkreis des Diskriminierungsverbotes, GRuR 1975, 511 ff.
- SAECKER, F.-J., Die Genossenschaften im System und europäischen Kartellrechts, in: Archiv für öffentliche und freigemeinnützige Unternehmen, Bd. 9 (1971), 193 ff.
- SANDROCK, O., Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1968.
- Die zweite Kartellgesetznovelle, DB 1973, 101 ff.
- SATTLER, H., Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, Diss. Zürich 1970.
- SCHEUFELE, H., Behandlung der "beherrschenden Stellung" von Nachfragern im EWG-Kartellrecht, Beilage 4/1973 zu Heft 9/1973 des BB.
- SCHLUEP, W.R., Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955.
- Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel 1964.
 - Der Alleinvertriebsvertrag - Markstein der EWG-Kartellpolitik, Schweizerische Beiträge zum Europarecht, Bd. 1, Bern 1966.
 - Die Rule of Reason des amerikanischen Antitrustrechts und das schweizerische Kartellgesetz, WuR 1966, 64 ff.
 - Was ist Wirtschaftsrecht?, in: Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, 77 ff.
 - Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisation, WuR 1969, 193 ff.
 - Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbotes im Vertikalkonzern, in: Wettbewerbspolitik in der Schweiz, Festgabe zum 80. Geburtstag von Fritz Marbach, Bern/Stuttgart 1972, 103 ff.

- Wirtschaftliche Aspekte der Werbung durch Appell an das Unbewusste, ZSR 1972 I, 353 ff.
 - Privatrechtliche Probleme der Unternehmungskonzentration und -kooperation, ZSR 1973 II, 185 ff.
 - Vom lauterer zum freien Wettbewerb, GRuR 1973, 446 ff.
 - Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975, 569 ff.
 - Prix et marques d'appel en droit comparé, Aspects économiques et juridiques, in: Actes du Colloque de Lausanne, Genève 1976, 57 ff.
 - Schweizerische Wettbewerbspolitik zwischen gestern und morgen, in: Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, Festgabe zum 65. Geburtstag von Hugo Sieber, Bern/Stuttgart 1976, 95 ff.
 - Ueber Kritik im wirtschaftlichen Wettbewerb, in: Homo creator, Festschrift für Alois Troller, Basel/Stuttgart 1976, 225 ff.
 - Ueber den Begriff der Nachfragemacht, in: Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, Fribourg 1977, 563 ff.
 - Wirtschafts- und Sozialverfassung, ZSR 1978 I, 357 ff.
 - Grundzüge des Entwurfs der Expertenkommission zur Revision des BG über Kartelle und ähnliche Organisationen, ZBJV 1979, 65 ff.
 - Fragmente zur Revision des schweizerischen Wettbewerbsrechts, Die Volkswirtschaft, 1979, 285 ff.
- SCHUERMANN, L., Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, Zürich 1964 (zit. Kommentar).
- Die Durchführung des Kartellgesetzes, WuR 1969, 65 ff.
 - Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 1978.
- SCHUHMACHER, W., Nachfragemacht und Gegengewichtsprinzip, ZHR 140 (1976), 317 ff.
- SCHUMPETER, J.A., Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, Bern 1946.
- SIEBER, H., Aktuelle Probleme der schweizerischen Wettbewerbspolitik, WuR 1967, 25 ff.
- Ueber die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, WuR 1973, 48 ff.
- SKIBA, G., Preisdiskriminierung und Wettbewerbspolitik, Tübingen 1971.

SOELTER, A., Das Rabattkartell im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, DB 1957, 887 ff.

- Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, 2. Auflage, Düsseldorf 1960.
- Nachfragemacht und Gegengewichtsprinzip, MA 1961, 337 ff.
- Der Stufenwettbewerb, MA 1967, 342 ff.
- Ungleichgewichte zwischen Angebot und Nachfrage. Dargestellt an der Stufenbeziehung zwischen marktmächtigen Nachfragern des Handels und marktschwächeren Anbietern der Industrie, WuW 1968, 317 ff.
- Nachfragefunktion, Nachfrageverhalten und Nachfragemacht, WRP 1977, 445.

STEINDORFF, E., Politik des Gesetzes als Auslegungsmassstab im Wirtschaftsrecht, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1972, 232 ff.

- Besprechung von Sacker, F.-J., Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, ZHR 136 (1972), 82 ff.

TOLKSDORF, M., Ruinöser Wettbewerb. Ein Beitrag zur Phänomenologie und wettbewerbspolitischen Behandlung einer marktwirtschaftlichen Fehlentwicklung, Diss. Berlin 1970.

TROLLER, A., Der gewerbliche Rechtsschutz, Basel 1948.

- Immaterialgüterrecht, Bd. 2, 2. Auflage, Basel/Stuttgart 1971.

ULMER, P., Grenzen der Preisunterbietung im Pressewesen, AfP 1975, 870 ff.

- Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen - eine kartell- und wettbewerbsrechtliche Fallstudie zum Anzeigenwettbewerb auf dem Pressemarkt des Ruhrgebietes, 1. Auflage, Baden-Baden 1977.
- Leistungsfremde Wettbewerbspraktiken marktstarker Unternehmen - Neuorientierung des Diskriminierungsverbots und der Instrumente des UWG, in: Bericht des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Verkehr über den Wettbewerbskongress, München 1977, 187 ff.

WEBER, M., Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Auflage, Tübingen 1972.

WILLEKE, F.U., Grundzüge wettbewerbspolitischer Konzeptionen, Tübingen 1973.

WILCOX, C., Public Policies Toward Business, Revised Edition, Homewood Jll. 1960.

WOLL., A., Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 4. Auflage, München 1974.

III. Materialien

1. Schweiz

Begleitbericht zum Entwurf betreffend die Revision des Kartellgesetzes, November 1978.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 18. September 1961.

Vorarbeiten für ein Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, Bericht und Text des Gesetzesentwurfes der Expertenkommission, Bern 1959.

2. Deutschland

Bericht des Ausschusses für Wirtschaft vom 13.6.1973, zur zweiten Kartellgesetznovelle vom 3.8.1973, Bundesdrucksache 7/715.

IV. Statistische Quellen

Kartellkommission, Die Konzentration im Lebensmittel-detailhandel, VKK 1979, 217 ff.

Nationale Buchhaltung der Schweiz, in: Die Volkswirtschaft, 1979, 563 ff.

Sweda-Statistik, Hrsg. Litton Business System, Zürich.

Lebenslauf

- 1949 in Luzern geboren.
- 1970 Matura (Typ B) in Luzern.
- 1970-74 Studium der Rechte an der Universität Zürich (Lizentiat).
- 1974-76 Studium der Wirtschaftswissenschaften an der HSG; Abschluss in der Richtung Betriebswirtschaft mit Vertiefungsgebiet Absatzwirtschaft und Handel (Lizentiat).
- 1976-80 Direktionsassistent bei der Firma VON MOOS STAHL AG. in Luzern.
- 1980 Doktorat der Rechte an der Universität Zürich.

